Das Geſetz über die Sicherung der Bauforderungen und § 648 B.G.B.

Ihr Verhältnis zueinander.

Inaugural-Diſſertation
der
juriſtiſchen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Univerſität zu Erlangen
vorgelegt von

Theodor Wucher
aus Hilpoltſtein (Mittelfr.)
gepr. Rechtspraktikant in München.

Approbiert am 30. Mai 1911.

ACAD.
JUR. PRAT.
BIBL.

Lindau i. B.
Buchdruckerei BERCHTOLD, vorm. Acherer.
1911.

38

Referent:

Universitätsprofessor Dr. SEHLING.

Inhaltsangabe.

I.

Seite

§ 1. Die Verhältnisse im deutschen Baugewerbe im Ausgange des 19. Jahrhunderts 7

§ 2. Das geltende Recht vor dem Jahre 1900 14

§ 3. Die Bestrebungen der Bauhandwerker; deren Erfolg in der Gesetzgebung 15

II.

§ 4. Verhältnis im Allgemeinen 22

§ 5. Geltung in räumlicher Beziehung 25

§ 6. Sachlicher Geltungsbereich 27

§ 7. Der Kreis der geschützten Personen 32

§ 8. Die geschützten Forderungen 44

§ 9. Die dingliche Sicherung im besonderen 50

§ 10. Verhältnis der Baugläubiger zu einander 66

§ 11. Stellung des Baugeldgebers 70

§ 12. Stellung des Bauherrn 74

§ 13. Geltung des § 648 neben dem Reichsgesetze v. 1. Juni 1909 77

Literaturverzeichnis.

Abgeordnetenhaus, preuß., Verhandlungen, stenograph. Berichte.

Baehr, Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, Kassel 1892.

Baugewerkszeitung, Organ des Innungsverbandes der deutschen Baugewerksmeister, Baugewerks- und Berufsgenossenschaften und des deutschen Arbeitgeberbundes für das Bauwesen, Berlin.

Biberfeld, die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Rechte und den neuen Gesetzentwürfen, Berlin 1902.

Biermann, Sachenrecht, Kommentar 1903, II. Auflage.

Breit, in der juristischen Wochenschrift 1909, Seite 349 u. ff.

Budde, in der deutschen Juristenzeitung 1906, Seite 1221.

Cohn, Kritik der Entwürfe des Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und des preuß. Ausführungsgesetzes, Berlin 1893.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Tübingen 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Recht der Schuldverhältnisse, Sachenrecht, IV. Auflage.

Dernburg, in der Zeitschrift „Pionier" 1890/1891.

Dove, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bauwesen 1898 Nr. 3.

Drost, Dissertation Erlangen.

Eckels, Gutachten für den 24. Deutschen Juristentag.

Endemann, Lehrbuch des bürgerli hen Rechtes; Recht der Schuldverhältnisse 1903. Sachenrecht 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe 1888, Berlin—Leipzig.

Entwurf eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes nebst Begründung; amtliche Ausgabe R, von Deckers Verlag, Berlin 1897.

Entwurf eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung und einer Übersicht der Äußerungen, welche zu dem im Jahre 1897 veröffentlichten Gesetzentwurf ergangen sind, R. v. Deckers Verlag, Berlin 1901.

Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen; Drucks. Nr. 365 des Reichstages, 12. Legisl.-Periode I. Session 1907.

Franke, für die Bauforderungen, Übersicht, Kritik und Gegenentwurf, Hannover 1907.

— Im Recht 1902, Seite 260, 389.

Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, Leipzig 1901.
— Im Archiv für soz. Ges. XVII, 169.
— In sozialen Streitfragen, Heft 3, Berlin, W. Möller 1898.
— In Schmollers Jahrbuch 1892, Seite 277.
— Im sozialpolitischen Zentralblatt Nr. 7, 1894.
Friedländer, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1909.
— In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Band 69, Seite 196.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht 1905.
Güthe, Zeitschrift des Not.-Vereins 1907 VII, 77.
Glaser, Deutsche Juristenzeitung 1909, Seite 1362.
Haberland, die Verluste der Bauhandwerker, Berlin 1895.
— Schutz der Bauhandwerker, Berlin 1898.
Hagelberg, in der juristischen Wochenschrift 1906, Seite 730.
— In der juristischen Wochenschrift 1909, Seite 446.
— Kommentar 1910.
Harnier, in der Deutschen Juristenzeitung 1906, Seite 1118.
— In der Deutschen Juristenzeitung 1909, Seite 1307.
— Textausgabe mit Anmerkungen, Berlin 1909.
— Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 14, Seite 225.
Heinitz, in der Deutschen Juristenzeitung 1898, Nr. 15, 16.
— In der Deutschen Juristenzeitung 1906, Seite 1307, 1907 Nr. 1.
Herrenhaus, preußisches, Verhandlungen stenograph. Berichte.
Hilse, im Archiv für bürgerliches Recht II, Seite 78 und ff.
— Im Archiv für öffentliches Recht XIII, Seite 316 und f.
— In der Baugewerkszeitung 1905, Nr. 81.
— Gutachten zum 20. Deutschen Juristentag I, Seite 218 und ff.
Hirsch, Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Baugläubiger, Berlin 1896.
— Zentralblatt für Grundstücks- und Hypothekenverkehr 1898.
— In der Deutschen Juristenzeitung 1898, Nr. 18/19.
Höchtl, Dissertation Erlangen 1910.
Jacobi, Gesetz mit Erläuterungen, München 1910.
Janker, Dissertation Erlangen 1909.
Juristentag, Verhandlungen des 20. (1889), 24. (1898), 26. (1902).
Kiefe, in der juristischen Wochenschrift 1909, Seite 382.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches 1906.
— In den Blättern für Rechtsanwendung 1909 Nr. 20/21.
Liebig von, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Band I, Seite 145, 167.
Mangold, in der sozialen Praxis 1898 Nr. 23.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich 1858.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch.
Munk, in Gruchots Beiträgen, Band 42, Seite 396.
— In der Deutschen Juristenzeitung 1907, Seite 557.

Ortmann, in Conrads Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Band 60, Seite 89, 266, 387 und ff.

— Im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Band 12, Seite 35 und ff.

— Im Archiv für bürgerliches Recht, Band 20, Seite 252.

— Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften II. Auflage, Band VI, Seite 76.

— Im juristischen Literaturblatt 1. Juli 1895, 15. Mai 1898 und 1906, Seite 224.

— Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse 1910.

— Über das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker, Wien 1896.

Plank, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Band II 1907, Band III 1906.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Reichstag, Verhandlungen, stenograph. Berichte und Drucksachen.

Reuling, zur Frage des Rechtschutzes der Bauhandwerker, Berlin 1896.

Salomonsohn, Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, Berlin 1900.

Scherer, in der juristischen Wochenschrift 1902, Seite 209.

Schneider, Die Gesetzentwürfe zur Sicherung der Bauforderungen 1901.

— Das Gesetz, erläutert. Nürnberg und Leipzig 1910.

Schultz, in der Deutschen Juristenzeitung 1898 Nr 7.

Simon, im Recht 1907, Seite 175.

Simonsohn, Dissertation Greifswalde 1898.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band II 1910, Band III 1910.

Teutsch, in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 67, 118.

I.

§ 1.

Die Verhältniſſe im deutſchen Baugewerbe im Ausgange des 19. Jahrhunderts.

Verſtändnis der Geſetze ſetzt die Kenntnis der wirtſchaftlichen Verhältniſſe, welche die Veranlaſſung und die Grundlage jener ſind, voraus. Um die Normen, welche das Reichsgeſetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen enthält, ſowie die Vorſchriften, welche § 648 B.G.B. aufſtellt, für ſich und in ihrem Verhältnis zu einander richtig zu würdigen, erſcheint es angezeigt, in Kürze auf die Zuſtände einzugehen, welche in dem deutſchen Baugewerbe, wenn auch nicht allerorten, ſo doch in den größeren Städten in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts Platz gegriffen hatten.

Die induſtrielle Entwicklung Deutſchlands, die mit ſeiner politiſchen Einigung einſetzte, hatte die Anſammlung großer Menſchenmaſſen in gewiſſen Stadtzentren herbeigeführt. Die infolge dieſer Bevölkerungsverſchiebung und Zunahme gegen früher ganz außerordentlich geſteigerte Bautätigkeit hatte aber nicht, wie zu erwarten geweſen wäre, für alle am Wohnungsmarkt geſchäftlich beteiligten Kreiſe Vorteile gebracht.

Während Grundbeſitz an der Peripherie aufſtrebender Städte in kürzeſter Friſt ungeahnte Reichtümer brachte, während das Kapital in dem Baugeſchäfte eine gute Erträgniſſe abwerfende Anlage fand, hatte ein dritter, recht eigentlich produktiver Stand, die zahlreiche Klaſſe der Bauhandwerker, ebenſooft beträchtliche Verluſte wie Gewinn erlitten, die um ſo fühlbarer trafen, als es ſich bei ihnen in der Regel um kapitalſchwache Exiſtenzen handelte. In keinem anderen Berufe ergaben ſich auch nur annähernd

ähnliche Einbußen wie der „Bauſchwindel“ ſie forderte.

Das läßt ſchon die Zahl der Subhaſtationen ahnen: In Berlin wurden von den im Jahre 1. Oktober 1889 bis 1. Oktober 1890 aufgeführten 535 Neubauten 133 mit bedeutenden Ausfällen zwangsweiſe verſteigert,[1]) in den Jahren 1891—1893 von 1126 errichteten Neubauten 644.[2])

Freeſe gibt in einer wohlbegründeten Schätzung den Geſamtverluſt der Bauhandwerker in Berlin für die Jahre 1891—1893 auf 75 Millionen Mark an.[3]) Dieſe Ziffern mögen immerhin etwas hoch gegriffen ſein, unbeſtritten iſt, daß er bei weitem das Riſiko, das der Geſchäftsverkehr normalerweiſe mit ſich bringt und mit dem jeder Geſchäftsmann zu rechnen hat, überſteigt.[4])

Will man die Urſachen dieſer mißlichen Zuſtände erklären, ſo iſt zunächſt von der Tatſache auszugehen, daß, hervorgerufen durch den erhöhten Bedarf an Wohnungen, in den Städten ein Umſchwung in der Art des Bauunternehmens eingetreten war: Hatte zu früheren Zeiten der Privatmann für ſeine perſönlichen Bedürfniſſe und entſprechend dieſen gebaut, ſo warf ſich jetzt die Spekulation auf das Baugeſchäft und ſtellte Häuſer in Menge für den Markt her.

Sodann iſt hervorzuheben, daß nicht der Eigentümer, der ſeinen Grundbeſitz verwerten wollte, ſelbſt baute, auch nicht der Kapitaliſt, der ſein Geld im Terrainmarkt anlegte. Sie ſcheuen ſich, das Riſiko, das mit dem Bauen verbunden iſt, auf ſich zu nehmen. Vielmehr wird ein Dritter vorgeſchoben, der nomineller Eigentümer des Bauplatzes wird und vom Baugeldgeber die erforderlichen Mittel erhält.

[1]) Soz. pol. Zentralblatt Band Seite 23.

[2]) Freese, Leipzig 1901, Seite 33, Das Pfandrecht der Bauhandwerker.

[3]) Freese, daselbst.

[4]) Ausführliche Schilderungen des Wesens des Bauschwindels: Dernburg, in der Zeitschrift „Pionier“ 1890/91 Nr. 19, 21, 24; 2, 4, ferner Oertmann in Conrads Jahrbücher Bd. 60, Seite 268 ff. Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, S. 2 ff. und in der Begründung des Entwurf 1897, erschienen in amtlicher Ausgabe in v. Deckers Verlag 1897; auch v. Liebig in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Bd. I, Seite 145.

Bauſtellenverkäufer, Geldgeber – dieſe beiden häufig in einer Perſon – und Bauunternehmer ſind die drei Faktoren, deren Zuſammenwirken, das jedoch keineswegs immer von vornherein doloſe Beweggründe hat, Folgen zeitigt, die mit dem Worte Bauſchwindel kurz gekennzeichnet ſind. Die Perſon des zuletzt genannten verdient noch eine nähere Betrachtung.

Bauunternehmer zu ſein erfordert im Zeitalter der Gewerbefreiheit keineswegs Fachkenntniſſe; tatſächlich wandten ſich auch dieſem Berufe die Angehörigen aller möglichen Stände zu, häufig Exiſtenzen, die ſchon geſcheitert waren, alle jedenfalls in der Vorausſetzung, auf dieſem Wege raſch und mühelos zu Geld zu kommen. Als Regel kann angenommen werden, daß ſie entweder überhaupt mittellos waren oder nur über beſcheidene Summen verfügten, die zu ihren Unternehmungen in keinem Verhältnis ſtanden. Dieſe Tatſache ihrer Vermögensloſigkeit wird nun an und für ſich noch nicht die Urſache der ſpäter eintretenden Schädigung ihrer Baulieferanten und Handwerker ſein. Denn während des Baues befinden ſie ſich ja im Beſitze des Baugeldes, oft namhafter Summen. Allein abgeſehen davon, daß dieſes nie in voller Höhe der entſprechenden Koſten gegeben wird, findet es auch meiſt nicht eine ſeinem Zweck entſprechende Verwendung. Darin liegt der ſpringende Punkt, daß der Unternehmer nicht gehindert iſt, das Baugeld für ſeine und ſeiner Familie perſönliche Bedürfniſſe, zur Wegfertigung alter Schulden zu verwenden. Nur der Teil des Baugeldes, der für die erforderlichen Anzahlungen gebraucht wird, kommt den Baugläubigern zu gute, das übrige kann der Bauherr tatſächlich verausgaben wie er will.

Da nun die Handwerker mit dieſem, nicht mit dem kapitalkräftigen Terrainverkäufer und Geldgeber, obwohl ſie eigentlich die Beteiligten waren, ihre Verträge ſchloſſen, ſo iſt ohne weiteres eine Bedingung ihrer künftigen Verluſte offenſichtlich: Ihr Gegenkontrahent war mittellos, eine zwangsweiſe Durchſetzung ihrer zu Recht beſtehenden

Forderungen bot keine Aussicht. Das Baugeld hatte, bis es soweit kam, längst seinen Besitzer gewechselt.

Allerdings trat der Bauherr seinen Geschäftsleuten als Eigentümer wertvoller Terrains gegenüber, die einmal bebaut gute Erträgnisse garantierten. Aber diese Eigentumsverhältnisse waren auch nur nominelle. Denn das Grundstück war, und hierin liegt das andere wesentliche Moment, bei Beginn des Baues schon über seinen Wert hinaus, indem sein künftiger Wert nach Überbauung im Voraus escomptiert wurde, mit Hypotheken belastet: Einmal mit der des Verkäufers. Denn da der Bauunternehmer keine Mittel besaß, um bar zu bezahlen, leistete er nur eine geringe Anzahlung oder blieb den Kaufpreis überhaupt schuldig. Im Grundbuche findet sich allerdings auch in diesen Fällen nur ein Kaufschillingsrest eingetragen. Denn nach außen wollte man dem Geschäft einen soliden Anstrich geben, was unschwer zu erreichen war, wenn ein höherer Betrag angegeben und fälschlich behauptet wurde, ein Teil sei bezahlt. Es sind Fälle bekannt geworden, in denen sogar die Stempelgebühren und sonstige Gerichtskosten von dem Verkäufer erlegt wurden.

Diesem verschlug es nicht, mit zahlungsunfähigen Leuten sein Geschäft zu machen. Seine Forderung war entweder an erster oder wenn es, wie häufig der Fall war, dem Baugeld auswich, an zweiter, immer aber an guter Stelle hypothekarisch gesichert. Insolvente Käufer waren sogar bevorzugt um deswillen, weil von ihnen höhere Preise zu erlangen waren, als von soliden Leuten; da jene ja nichts zahlten, kam es ihnen auch nicht auf den Preis an; Besitz von Bauland bot ihnen die Möglichkeit, Baugeld zu erlangen. Zutreffend sagt Freese in seiner erwähnten Abhandlung: Der Bauschwindler fragt nicht, was die Baustelle kostet, sondern wo und wieviel Baugeld es gibt.

Mit der Hypothek für dieses war zum anderen das Grundstück vor Beginn des Baues belastet. Beide — manchmal gab es noch andere — bewirkten, daß der

grundbuchmäßige Beſitzer nur die Stellung eines Verwalters fremden Vermögens hatte.

Nun iſt keineswegs zu überſehen, daß oft derartige Spekulationen zu einem guten Ende geführt wurden. Wurde das Haus fertiggeſtellt, günſtig veräußert oder vermietet, ſo wurden ſämtliche Verpflichtungen erfüllt. Sehr häufig aber war der Verlauf ein anderer, beſonders in Perioden wirtſchaftlicher Stagnation. Entweder das Gebäude konnte nicht unter Dach gebracht werden, das Baugeld deckte die tatſächlichen Koſten nicht, oder der Unternehmer, der nach außen in glänzenden Verhältniſſen lebte, hatte es für perſönliche Bedürfniſſe gebraucht oder auch frühere Verbindlichkeiten, nicht ſelten auch aus vorhergehenden Bauſpekulationen, damit getilgt. Oder das Haus fertiggeſtellt fand keinen Liebhaber. Es kam zur Zwangsverſteigerung, und die Bauhandwerker und Lieferanten gingen hiebei leer aus. Ihr Schuldner beſaß kein Vermögen außer dem Grundſtücke und aus dieſem machten ſich die erſten Hypothekgläubiger bezahlt. Dieſe auszubieten vermochte der kleine Handwerker nie. Bei dieſer Sachlage war es daher belanglos, ob ſeine Forderung auch dinglich verſichert war oder nicht.

Wenn auch davon ausgegangen werden muß, daß regelmäßig die Abſichten der Beteiligten: Terrainsbeſitzer, Geldgeber, Bauunternehmer reelle waren und daß lediglich eine verfehlte Spekulation vorlag, ſo gab es doch nachgewieſenermaßen viele Fälle, in denen von anfang an die beiden erſtgenannten darauf ausgingen, ein Haus unter ſeinen Wert, nämlich ohne Vergütung für die geleiſteten Arbeiten auf die geſchilderte Weiſe zu erlangen. Der Inhalt der Baugeldverträge konnte in ſolchen Fällen ſo abgefaßt werden, daß der Gläubiger durch einige rigoroſe Klauſeln es in der Hand hatte, jederzeit die Zwangsverſteigerung herbeizuführen, während der vorgeſchobene Unternehmer für ſeine Dienſte in den Stand geſetzt wurde, für eine Zeit lang ein auskömmliches Leben aus den Baugeldern zu führen. Die Begründung zu dem Entw. 97 ſagt auf Seite 8: Das Vorhandenſein eines förmlichen Syſtems

der Ausbeutung der Bauhandwerker kann ohne weiteres als feſtſtehend angenommen werden.

Gegen ſolche unlautere Schiebungen, die klar zutage lagen, waren die Bauhandwerker machtlos, aus Gründen formal-juriſtiſcher, wie wirtſchaftlicher Natur.

Die auf rein rechtlichem Gebiete liegende Vorausſetzung, welche im Grunde genommen die geſchilderte Ausbeutung der Handwerker erſt ſo recht ermöglichte, iſt ſchon angedeutet, ſie iſt eine Konſequenz des Grundſatzes: superficies solo cedit, der ſeine Geltung auch im modernen Rechte behauptet hat, im B.G.B. insbeſondere in den §§ 946, 93 zum Ausdruck gelangt iſt.

Dieſes Prinzip iſt nun an und für ſich in ſeiner Notwendigkeit und Nützlichkeit nicht zu bekämpfen, bildet es doch die Grundlage des Realkredites. Der Eigentümer bekommt erſt damit die Möglichkeit, ſich Geld zu verſchaffen, denn den Gläubigern wird darnach gleichſam der künftige Wert des Grundſtückes zur Verfügung geſtellt. Und ohne Realkredit kann auch das Baugeſchäft nicht exiſtieren. Auf der anderen Seite aber iſt dieſer Grundſatz eine Quelle unbilliger Verluſte.

Die Leiſtungen, welche die Handwerker dem Bauherrn gemacht haben, gehören in dem Zeitpunkte, in welchem jene Zahlung verlangen können, wirtſchaftlich nicht mehr dieſem, ſondern den Inhabern der an guter Stelle ſtehenden Hypotheken. Sie haben urſprünglich nur unbebautes Land zum Pfande genommen, mit dem Fortſchreiten des Baues aber haben ohne weiteres Zutun ihrerſeits ihre Rechte an Wert bedeutend gewonnen, da eben alle von jenen erzeugten Mehrwerte von ſelbſt in die Pfandhaft fallen.

Daher konnten die Handwerker ſich nicht einmal an den von ihnen gelieferten und hergeſtellten Gegenſtänden ſchadlos halten.

Noch eine andere Beſtimmung des geltenden Rechtes wirkt zu ihren Ungunſten: Vorleiſtungspflicht des Unternehmers bei Werkverträgen. Daher kommt die Möglichkeit einer Sicherung durch Zurückhaltung der Leiſtung hier

nicht in Betracht. Die Vergütungspflicht des Beſtellers wird erſt dann exiſtent, nachdem die Leiſtungen des Unternehmers wie oben erörtert in das Eigentum des Beſtellers bezw. der Hypothekengläubiger übergegangen ſind.

Es erübrigt, noch darauf hinzuweiſen, daß neben dieſer ungünſtigen Rechtslage ſich noch eine Verſchiedenheit in der wirtſchaftlichen Poſition der Beteiligten geltend macht. Die Bauhandwerker gehören regelmäßig zu den kapitalſchwachen Schichten unſerer erwerbstätigen Bevölkerung, während der Grundbeſitzer, der Geldgeber, meiſt eine Bank, und der von dieſer gehaltene Bauunternehmer eine ungleich beſſer fundierte Stellung einnehmen. Das hat zur Folge, daß nicht jene es ſind, die den Inhalt der Verträge, die ſie abſchließen, geſtalten können, wie es ihren Intereſſen entſpricht, in concreto: ſich eine dingliche Sicherung mit genügendem Rang vorbehalten können. Die Möglichkeiten, die das Recht mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit bietet, kommen hier nicht in Betracht, da ſich nicht wirtſchaftliche, gleichwertige Kontrahenten gegenüberſtehen. Kommt noch hiezu, daß die Zahl der arbeitſuchenden Handwerker eine ſehr große, die der ſoliden und zahlungsfähigen Unternehmer eine geringe iſt, der Bauhandwerker aber bei den beſonderen Verhältniſſen ſeines Berufes — ein Stamm angelernter Arbeiter kann nur bei ununterbrochener Beſchäftigung erhalten werden — Aufträge um jeden Preis hereinnehmen muß.

So bewirken auch die Rückſicht auf die Konkurrenz, daß der Zimmer- und Maurermeiſter einen Bau unter Verhältniſſen übernimmt, die ihn ſelbſt unbewußt mit zum Spekulanten werden laſſen. Um den Realkredit — ohne Baugeld hat auch er keinen Verdienſt — ſeines Bauherrn nicht zu gefährden, ſtellt er gar nicht erſt das Verlangen, für ſein künftiges Guthaben das Grundſtück zu belaſten und verzichtet ſo angeſichts der perſönlichen Verhältniſſe ſeines Arbeitgebers auf die einzige Möglichkeit, ſpätere Verluſte hintanzuhalten.

Nach dieſen Ausführungen läßt ſich das Weſen des

Bauſchwindels kurz charakteriſieren als: Ausbeutung anderer Perſonen durch Mißbrauch des Rechtes unter äußerer Wahrung ſeiner Form.[1])

§ 2.

Das geltende Recht vor dem Jahre 1900.

Die Frage des Schutzes der Bauhandwerker gegenüber den geſchilderten Mißſtänden gehört zu den Problemen der modernen Geſetzgebung, denn jene haben ſich als typiſche Erſcheinungen erſt in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhundert entſprechend den veränderten Formen der Häuſerproduktion bemerkbar gemacht.

Dem entſpricht es, daß unſere Frage in früheren Rechten die Beachtung des Geſetzgebers nur im geringen Maße fand. Immerhin zeigen ſich auch in jenen ſchon bemerkenswerte Anſätze einer Regelung, an die ſich teilweiſe die Verſuche der modernen Geſetzgebung anlehnten.[2]) Das gemeine Recht enthält keine ausdrückliche Vorſchrift zugunſten der Bauhandwerker; es verharrt auf dem Standpunkt des römiſchen Rechtes, dem eine ſpezielle Vorſchrift gleichfalls unbekannt war.

Zwei Stellen allerdings könnten hier in Betracht kommen: l 1 D 20, 2: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur (Papinian)
ſowie l 5 D 20, 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedant (Ulpian).

Nach herrſchender Anſicht in der gemeinrechtlichen Lehre und Rechtſprechung (a. A. Örtmann in Conrads Jahrbücher Bd. 60, Seite 102 f.) waren jedoch dieſe Geſetzesſtellen auf die Bauhandwerker nicht anzuwenden.

Soweit in anderen Rechtsgebieten ein Schutz gewährt wurde, lag er ausſchließlich auf ſachenrechtlichem Gebiet

[1]) Schulz in der Deutschen Juristenzeitung 1898 Nr. 7.

[2]) Siehe auch im Handwörterbuch unter Pfandvorrecht der Bauhandwerker Bd. VI, S. 76, 2. Aufl.

und bestand in einem Pfandrecht am Baugrundstück. Innerhalb dieses Rahmens ergaben sich wieder Abweichungen prinzipieller Art.

Das allgemeine Landrecht (§§ 971, 972, Teil I Art. 11) gab einen gesetzlichen Pfandrechtstitel an den Gebäuden. Die Hypothek genoß keinen Vorzug vor den voreingetragenen Belastungen; zu ihrer Eintragung bedurfte es der Einwilligung des Eigentümers bezw. seiner rechtskräftigen Verurteilung hiezu; der Pfandrechtstitel konnte gesichert werden durch eine Vormerkung, die auch ohne Genehmigung des Bauherrn oder dessen Verurteilung im Wege einer einstweiligen Verfügung eingetragen wurde.

In gleicher Weise war nach bayerischem und württembergischem Rechte der Handwerkerschutz ausgestaltet. Bayer. Hypotheken-Ges. vom 1. Juni 1822, § 12 Z. 9, 30, 98, 108 und das württembergische Pfandges. vom 15. April 1825, Art. 42, 78, 195, 199, 201: Kein gesetzliches Pfandrecht, sondern ein gesetzlicher Titel für eine Hypothek ohne Vorzugsrechte.

Darüber hinaus ging der code civil (Art. 2103 Z. 4 2110); er gewährte den Unternehmern und Arbeitern ein Grundstückspfand kraft des Gesetzes und stattete dieses mit einem Vorzugsrecht gegenüber anderen Belastungen aus; jedoch war dieses Vorrecht nicht unbeschränkt, sondern war nur wirksam innerhalb des Betrages, um welchen der Wert des Grundstückes durch die daran gemachten Arbeiten erhöht war. Die Wertsteigerung wurde durch Abschätzung vor der Inangriffnahme und nach Fertigstellung der Arbeiten festgestellt. Mit diesen Vorschriften, die im Rheinland Geltung hatten, stimmte auch das badische Recht überein.

§ 3.

Die Bestrebungen der Bauhandwerker, deren Erfolg in der Gesetzgebung.

Die über die zunächst beteiligten Kreise bald hinausgreifende Bewegung der Bauhandwerker, welche auf

Schaffung gesetzlicher Vorschriften mit der Spitze gegen das unsolide Wesen im Baugewerbe abzielte, geht auf die Veröffentlichung des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1888 zurück.

Dieser erste Entwurf enthielt keinerlei Bestimmungen hinsichtlich der Sicherung der Bauforderungen. Weit entfernt, die in den einzelnen Teilen des Reiches schon vorhandenen, aber unzulänglichen Schutzmaßregeln auszugestalten, waren diese stillschweigend mit der Beschränkung des dort vorgesehenen Pfandrechts auf bewegliche Sachen für Forderungen aus Werkverträgen beseitigt.

Jene Bewegung, die vornehmlich auch die Juristenwelt in hohem Grade beschäftigte, kam in zahllosen Resolutionen von Versammlungen, Ausarbeitung von Gesetzentwürfen, Eingaben an Behörden und Petitionen an die gesetzgebenden Körperschaften zum äußeren Ausdruck.

Die Vorschläge, die gemacht wurden, griffen in die verschiedensten Rechtsgebiete ein; unter Benützung bereits bestehender, wie durch Schaffung neuer Normen im Bereiche des Strafrechtes (Erweiterung des Betrugsbegriffes, Bestrafung ordnungswidriger Verwendung des Baugeldes) der Gewerbepolizei (obligatorischer Befähigungsnachweis), wie innerhalb des Rechtes der Schuldverhältnisse (Bereicherungsanspruch, Haftbarmachung der an der Bauspekulation Beteiligten) und endlich des Immobiliarrechtes versprach man sich eine Sanierung der ungesunden Verhältnisse. Auf alle diese Reformideen kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Eine Zusammenstellung aller Vorschläge findet sich in der amtlichen Ausgabe der Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes hiezu 1897 auf Seite 36 ff., ferner im juristischen Literaturblatt 1895, Seite 121 (Oertmann), Die Vorschläge betr. das Pfandrecht der Bauhandwerker. In der Hauptsache war das Bestreben darauf gerichtet, das Problem durch Vorschriften auf dem Gebiete des Sachenrechtes zu lösen. Die Vorschläge gingen also nicht unmittelbar auf den Kern

der Mißſtände ein — der, wie oben erörtert, in der beſtimmungswidrigen Verwendung der ausbezahlten Baugelder lag — ſondern beſchränkte ſich darauf, mittelbar durch Schaffung einer ausreichenden Sicherung der entſtandenen Forderungen das Ziel zu erreichen. Für eine unmittelbare Sicherung der Baugelder für die Baugläubiger traten beſonders Reuling (zur Frage des Rechtsſchutzes der Bauhandwerker, Berlin 1896), Hirſch (Entwurf eines Geſetzes zum Schutze der Baugläubiger) und Hilſe (in der Gegenwart vom 30. Oktober 1897) ein.

Innerhalb der Beſtrebungen auf Schaffung ſachenrechtlicher Normen ſind drei Richtungen hervorzuheben.

Die eine begnügte ſich mit der Wiederherſtellung des preußiſchen Pfandrechttitels. Unter andern ſprach ſich dafür aus der preußiſche Juſtizminiſter in ſeinen Bemerkungen über die in dem Rundſchreiben des Reichskanzlers vom 27. Juni 1889 hervorgehobenen Punkte, ferner Dr. Hilſe (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. II, Seite 72 ff.), Staub (in ſeinem Gutachten für den 20. Deutſchen Juriſtentag).

Die überwiegende Mehrheit jedoch ging darüber hinaus und ſtellte die Forderung nach Gewährung einer Hypothek mit Vorzugsrecht vor allen anderen Belaſtungen am Baugrundſtück auf. Bezüglich des Umfanges des Vorrechtes gingen die Meinungen auseinander.

Die gemäßigte Richtung war mit einer Beſchränkung des Vorrechtes auf den Betrag, um welchen das Grundſtück durch den Bau eine Wertserhöhung erfahren hatte, einverſtanden.

Hierfür ſprach ſich der Innungsverband deutſcher Baugewerbsmeiſter im September 1888 aus,[1]) der Handwerkerverein für den Weſten und Südweſten Berlins vom 26. Februar 1892. Von der Rechtswiſſenſchaft Reichsgerichtsrat Bär (in ſeinem Gegenentwurf zum B.G.B. 1892), Gierke und ſpäterhin auch Oertmann (Vortrag in Wien 1896). Die extreme Richtung dagegen, vertreten von dem deutſchen

[1]) Oertmann, Bd. 60, Seite 90.

Bund für Bodenbeſitzreform (Eingabe vom 8. Januar 1892),[1]) verſchiedenen Berliner Innungen im Laufe des Februar 1892, dem deutſchen Innungs- und Handwerkertag 1892; ferner von Dernburg,[2]) anfänglich auch Oertmann[3]) — erachtete ein abſolutes Vorzugsrecht für notwendig, ein Pfandrecht alſo, das allen anderen eingetragenen Rechten, ſoweit nicht auf öffentlich-rechtlichen Titeln beruhend, vorgehen ſollte ohne Beſchränkung auf den Mehrwert.

Dieſe Bemühungen der intereſſierten Kreiſe waren nicht vergeblich. Zunächſt wurde ein Erfolg noch innerhalb der Vorarbeiten zum B.G.B. erzielt. Die II. Kommiſſion änderte im Jahre 1892[4]) den Entwurf ab und fügte den jetzigen § 648 ein, der in unveränderter Faſſung vom Reichstag angenommen wurde.

Daneben hatten die Eingaben der Bodenbeſitzreformer, die ſchon wiederholt in den Jahren 1892—1895 die preußiſche Volksvertretung beſchäftigt hatten, ohne ſonderliches Entgegenkommen zu finden, am 27. März 1895 im preußiſchen Herrenhaus den Erfolg, daß ſie der Staatsregierung zur Berückſichtigung überwieſen wurden[5]) und am 18. Mai 1896 erſuchte das preußiſche Abgeordnetenhaus die Staatsregierung, einen Geſetzentwurf vorzulegen zur Beſeitigung der Mißſtände im Baugewerbe.[6])

Endlich beſchloß der deutſche Reichstag am 22. Januar 1896: Die verbündeten Regierungen zu erſuchen, einen Geſetzentwurf vorzulegen, durch den die Bauhandwerker und Bauarbeiter für ihre auf Arbeiten und Lieferungen an Neu- und Umbauten erwachſenden Forderungen geſichert werden.[7])

Daß das bürgerliche Geſetzbuch trotz ſeines § 648 für ſich allein keinen befriedigenden Rechtszuſtand brachte,

[1]) Oertmann, Bd. 60, Seite ff.
[2]) Zeitschrift „Pionier“ 1890, 1891.
[3]) Bd. 60, Seite 91.
[4]) Prot. der II. Kommission, Bd. 2, Seite 321 ff. bei Mugdan.
[5]) Stenograph. Bericht S. 49.
[6]) Ausführlich bei Janker, Seite 15 ff.
[7]) Stenograph. Berichte Seite 495.

ist nach dem Vorausgesagten klar. Denn damit war für den größten Teil Deutschlands nur die bisherige Regelung aufrecht erhalten, eine Regelung, die der wirtschaftlichen Entwicklung nicht gefolgt war und den modernen Verhältnissen nicht genügen konnte. Den Wünschen der beteiligten Kreise brachte das B.G.B., wie sich auf den ersten Blick ergibt, keine Erfüllung.

Daß mit dem § 648 das aufgerollte Problem nicht als abgetan angesehen wurde, bewiesen auch Äußerungen verschiedener Redner des Reichstags bei den Beratungen über das B.G.B. am 22. Juni 1896. So erklärte der Abg. v. Cuny: . . . „es muß mehr geschehen, maßgebend für unser Verhalten zu dieser Frage ist, daß die Vertreter der Reichsregierung in der Beratung über das B.G.B. ausdrücklich erklärt haben, die Reichsregierung sei sich der Notwendigkeit bewußt, hier vorzugehen, es seien bereits Verhandlungen im Gange über eine ausreichende Abhilfe gegenüber den fraglichen Übelständen; in dieser Abhilfe und nicht in dem ganz unvollkommenen Mittel, welches die Sicherungshypothek gewährt, erblicken wir das Recht der Zukunft.“ In gleichem Sinne sprach sich auch der Abgeordnete von Buchka aus.[1])

Es mag gegenüber den Kodifikationstendenzen der Zeit auffallen, daß die Handwerkerfrage durch ein Spezialgesetz geregelt werden sollte und nicht im bürgerlichen Gesetzbuche, dessen Schaffung mit ihrem Aktuellwerden zeitlich zusammenfiel. Verschiedene gewichtige Gründe sprachen dafür, die Erledigung dieser Frage einem späteren besonderen Gesetze vorzubehalten.

Es bestand einmal noch keine völlige Klarheit darüber, ob im Wege der Landesgesetzgebung vorgegangen werden sollte oder von Reichswegen. (Siehe die Ausführungen des preußischen Justizministers in der Sitzung des preußischen Abgeordnetenhauses vom 15. Februar 1894). Das erhellt schon aus der Tatsache, daß sich wiederholt der preußische Landtag neben dem Reichstag mit dieser Materie befaßte.

[1]) Mugdan, Seite 1352.

Denn nicht in allen Teilen des Reiches waren die Mißſtände zu Tage getreten und nicht überall im gleichen Grade. Am fühlbarſten waren ſie in Berlin und in den Städten des rheiniſch-weſtfäliſchen Induſtriegebiets geworden.

Außerdem ſtand nicht von vornherein feſt, auf welchem Rechtsgebiete vorgegangen werden ſollte; in Frage kamen auch Maßnahmen ſtrafrechtlicher und gewerbrechtlicher Natur. Der Geſetzgeber ſtand vor einer Aufgabe, deren Erledigung nicht bloß in das Privatrecht, ſondern auch in andere Zweige des Rechtslebens, insbeſondere des Verwaltungsrechts tief eingriff. Schon deshalb erſchien es geeigneter, die Form eines Spezialgeſetzes zu wählen.

Der Hauptgrund aber war der, daß die ganze Materie noch nicht ſpruchreif war.

Nicht mit Unrecht rechnet Oertmann (im Vortrag S. 8) den geſetzlichen Schutz des Bauhandwerkers zu den allerbeſtrittenſten Problemen moderner Geſetzgebungskunſt. Die Schwierigkeit ergab ſich aus dem ſchroffen Gegenſatz der Intereſſen des Kapitals und der Arbeit. Eine Bevorzugung des Handwerkers ließ ſich kaum erreichen ohne gleichzeitig den als Baugeld- und Kaufgeldgeber in Betracht kommenden Kapitaliſten zu benachteiligen und damit den Realkredit zu gefährden. Das überaus empfindliche Kapital durfte von dem Baugeſchäft nicht abgeſchreckt werden, es iſt für dieſes unentbehrlich. Jede Störung des Realkredits hat mit der Hemmung der Bautätigkeit nicht bloß die für die Allgemeinheit empfindlichen Folgen eines ungenügenden Wohnungsangebotes, ſondern trifft in erſter Linie die Bauhandwerker ſelbſt, deren Exiſtenz in einem regen Baugeſchäft wurzelt.

Verſchloß ſich der Geldmarkt den Anſprüchen der Bauunternehmer, ſo war mit der Folge zu rechnen, daß das Bauen Monopol großkapitaliſtiſcher Geſellſchaften wurde und dieſe immer weitere Zweige der baugewerblichen Tätigkeit in ihrem eignen Betriebe vereinigten. Ein Geſetz, das mittelſtandsfreundlich ſein wollte, konnte ſo zur Vernichtung des Mittelſtandes beitragen.

Viele der Vorſchläge, die an ſich geeignet waren, den Bauſchwindel zu treffen, erwieſen ſich bei näherer Prüfung als eine ſehr zweiſchneidige Waffe, welche in den weiteren Folgen die, denen ſie helfen ſollte, ſelbſt ſchlug.

Zu dieſen Bedenken wirtſchaftlicher Natur geſellten ſich auch ſolche rein juriſtiſchen Charakters, welche die Regierung zu einer abwartenden Stellungnahme veranlaßten.

Als allein praktiſch wirkſam waren diejenigen Vorſchläge anerkannt worden, welche auf eine dingliche Sicherung der Forderungen in Form eines bevorzugten Pfandrechtes am Baugrundſtücke hinausliefen. Dieſe Regelung ſchien aber an einem der fundamentalen Grundſätze, auf welchen unſer ganzes modernes Immobiliarſachenrecht beruht, zu ſcheitern, nämlich an dem Prinzip des Eintragungszwanges aller Rechte am Grundſtücke in dem Sinne, daß alle Belaſtungen nur unter der Vorausſetzung der Eintragung und nach der zeitlichen Folge dieſer wirkſam ſind. Die maßgebenden Kreiſe hielten in dem Intereſſe der Rechtsſicherheit des Verkehrs unbedingt an dem Grundbuchſyſteme feſt. Mit Hypotheken, die jenem Eintragungszwange nicht unterworfen ſein ſollten, konnte eine Sicherung der Bauforderungen nicht herbeigeführt werden. Erſt nach Vorarbeiten, die ſich durch mehr als ein Jahrzehnt hinzogen, kam ein Geſetz zuſtande, das den Hauptforderungen vom juriſtiſchen wie wirtſchaftlichen Standpunkte aus Rechnung trägt.

Der Werdegang des Reichsgeſetzes vom 1. Juni 1909 ſei der Vollſtändigkeit halber in Kürze dargeſtellt. Schon im Jahre 1895 waren von Mitgliedern des preußiſchen Juſtizminiſteriums fünf, verſchiedene Wege gehende, Entwürfe einer geſetzlichen Regelung fertiggeſtellt worden; ſie wurden jedoch, nachdem ſie der Juſtizkommiſſion des Abgeordnetenhauſes vorgelegt worden waren, nicht als geeignete Grundlage weiterer Ausarbeitung betrachtet und beiſeite gelegt.

Am 15. Dezember 1897 veröffentlichte der Reichsanzeiger den Entwurf eines Reichsgeſetzes betr. die dingliche

Sicherung der Bauforderungen und eines preußiſchen Ausführungsgeſetzes.[1]) Der Entwurf fand, und das war auch der Zweck ſeiner Veröffentlichung geweſen, eine eingehende Würdigung und Kritik von ſeiten der Rechtswiſſenſchaft ſowohl wie in den beteiligten Kreiſen, die ſich in verſchiedener Richtung,[2]) je nach den ſpeziellen Intereſſen bewegte.

Der Entwurf wurde ſodann unter Berückſichtigung der Kritik und neuer Anregungen umgearbeitet. Da ſich die hiemit betraute Kommiſſion über weſentliche Punkte nicht hatte einigen können, erſchienen im September 1901 zwei Entwürfe A und B, die ſich hauptſächlich in der Frage der Einbeziehung der Lieferanten und Nachmänner trennten.

Dem Entwurf B wurde faſt einhellig der Vorzug von der wiederum lebhaft einſetzenden Kritik gegeben. Nach abermaliger Umarbeitung — unterbrochen durch die Reichstagsauflöſung 1907 — hauptſächlich in der Kommiſſion, die den Abſchnitt I dem Geſetze hinzufügte, erfolgte am 5. Mai 1909 die Annahme des Geſetzes durch den Reichstag.

Es haben alſo die Beſtrebungen der Bauhandwerker, die zwei Jahrzehnte hindurch verfolgt wurden, ihren Niederſchlag ſowohl im B.G.B. in einer Beſtimmung beim Werkvertrag wie in einem beſonderen Geſetze gefunden.

Die Aufgabe der folgenden Abhandlung iſt: darzuſtellen, in welchem Verhältnis dogmatiſch die beiden Rechtsquellen zu einander ſtehen und wieweit ſie in der Praxis nebeneinander zur Anwendung zu kommen haben.

II.

§ 4.

Verhältnis im Allgemeinen.

Mit der Aufſtellung der beſonderen Beſtimmungen, die Gegenſtand dieſer Abhandlung ſind, verfolgte der Geſetz-

[1]) Erſchienen in amtlicher Ausgabe in v. Deckers Verlag Berlin 1897.

[2]) Siehe die Übersicht der Äußerungen in der amtlichen Ausgabe des Entwurfes 1901, erschienen ebenda auf Seite 90 ff.

geber den Zweck, ein Gewerbe vor Verluſten zu ſchützen, von vornherein nur mit dem Vorbehalte des Erreichbaren und Möglichen. Denn offenſichtlich iſt, daß Geſetze nicht imſtande ſind, Verluſte im Erwerbsleben gänzlich auszuſchalten. Hier ſpielen Faktoren mit, die ſich der Einwirkung jener entziehen: ſowohl ſolche, die in der Perſon ſelbſt liegen, wie größere oder geringere Geſchäftsgewandtheit, Umſicht und Fleiß, wie auch Momente objektiver Natur: wirtſchaftliche Konjunkturen und ähnliches. Es kann überdies auch gar nicht Aufgabe der Geſetzgebung ſein, ſo tief in das Erwerbsleben eines Volkes einzugreifen, keinenfalls, dieſen Verſuch zugunſten nur eines Berufes zu machen.

Es iſt daher dem Folgenden der einſchränkende Hinweis darauf vorauszuſchicken, daß die Geſetze, welche in Parallele geſtellt werden, in gleicher Weiſe von dem Geſichtspunkte aus aufzufaſſen ſind, daß ſie nach Möglichkeit beſonders kraſſen Auswüchſen des Geſchäftsgebarens in einem Gewerbe entgegen zu treten verſuchen, und daß auch der Effekt des Bauforderungsſicherungsgeſetzes, ſo bedeutende Fortſchritte es auch gegenüber der Regelung durch das B.G.B. bringt, nur ein relativer ſein kann.

Dort iſt ausſchließlich die juriſtiſche Doktrin auf Koſten der ſozial-politiſchen Einſicht zur Geltung gekommen. Zwar verfolgte man die Abſicht, dem Mittelſtand an einer wunden Stelle beizuſpringen. Aber in dem Beſtreben, hiefür eine Formel zu finden, die mit dem Syſtem unſerer modernen Geſetzgebung, in concreto: dem Grundbuchrecht im Einklang ſich befindet, kam man bei Schaffung des B.G.B. nicht über einen unzulänglichen Verſuch hinaus: denn der § 648 iſt wie im einzelnen an ſpäterer Stelle auseinander zu ſetzen ſein wird, in der Praxis gänzlich ungeeignet, die Erſcheinungen zu treffen, die wir mit dem Ausdrucke „Bauſchwindel“ zuſammenfaſſen — eine Konſequenz ſeiner formal-juriſtiſchen Korrektheit. Vielmehr iſt er, wie bei ſeiner Anwendung in der Praxis zu tage tritt, auf die Intereſſen des Beſitzes — denen ja an ſich kein Einſichtiger

vollen Schutz versagen wird — zu einseitig gegenüber denjenigen der Arbeit zugeschnitten, obgleich die letzteren sein Motiv waren.

Demgegenüber ist im Reichsgesetz den Anforderungen vernünftiger Sozialpolitik in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Sie haben sich konsequent den gegenüberstehenden Momenten gesetzestechnischer Art durchgesetzt, ohne zu extrem einseitigen Vorschriften zu führen. Denn soweit die Interessen des Geldmarktes und des Grundbesitzers berechtigt sind, haben sie, wie unter der Herrschaft des § 648, volle Bewegungsfreiheit.

Dieses Ziel ist erreicht unter Wahrung der Prinzipien unserer Gesetzgebung, hier ist wie dort die Regelung juristisch einwandfrei.

§ 648 des B.G.B. trägt den aufgestellten Wünschen der beteiligten Kreise insoferne Rechnung, als er eine dingliche Sicherung der Forderung gewährt. Im Gesetz vom 1. Juni 1909 ist noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzugekommen, wenn auch hier der der Sicherung der hauptsächliche bleibt: die unmittelbare Befriedigung der Baugläubiger. § 648 beschränkt sich demnach darauf, die Regelung auf sachenrechtlichem Gebiete zu finden. Damit kann, je nach der Ausgestaltung im einzelnen, und diese ist im Gesetze eine eingehendere, ein Schutz von nicht geringer Bedeutung erzielt werden. Aber er ist nicht unter allen Umständen ausreichend. Wenn oben erkannt wurde, daß im Grunde die Benachteiligung der Handwerker und Lieferanten auf die zweckwidrige Verwendung der Baugelder durch den Unternehmer zurückzuführen ist, so ergibt sich daraus die Forderung, daß in erster Linie nicht für eine Sicherung der Bauforderungen, sondern der Baugelder, d. h. ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung, Sorge zu tragen ist.

In dieser Beziehung versagt § 648. Das Gesetz setzt dagegen auch in diesem Punkte ein, sowohl durch die Vorschriften in den §§ 1, 2 mit den Strafandrohungen in §§ 5, 6. Damit ist die Verwendungspflicht direkt angeordnet. Außerdem zielt es mittelbar darauf ab durch die Be-

ſtimmungen über die Baugeldhypothek in § 34[1], indem es den Baugeldgeber daran intereſſiert, auf die beſtimmungsgemäße Verwendung der Baugelder hinzuwirken.

Es iſt alſo die ſpätere Regelung eine inhaltlich umfaſſendere. Das kommt auch äußerlich zum Ausdruck dadurch, daß es nicht bloß Privatrecht, ſondern auch ſtrafrechtliche und gewerbpolizeiliche Elemente enthält.

Naturgemäß hat ſich die folgende Erörterung in der Hauptſache mit der dinglichen Sicherung der Bauforderungen zu befaſſen, denn nur inſoweit beſtehen Parallelen mit dem B.G.B.

§ 5.

Geltung in räumlicher Beziehung.

Die Beſtimmungen zum Schutze des Handwerks ſind vom Reiche als geſetzgebendem Faktor zwar in beiden Fällen erlaſſen worden, aber zwiſchen der im § 648 enthaltenen Vorſchrift und denjenigen des Geſetzes beſtehen gleichwohl Verſchiedenheiten, was den territorialen Geltungsbereich anlangt. Ausführungen hierüber hinſichtlich der erſtgenannten als Beſtandteil des B.G.B. erübrigen ſich wohl. Das gleiche gilt von den im I. Abſchnitte behandelten allgemeinen Sicherungsmaßregeln des Geſetzes. Dieſe ſind entſprechend ihrer Eigenſchaft als reichsrechtliche Normen mit dem Tag der Verkündung im ganzen Reiche in Kraft getreten.

Anders verhält es ſich mit dem II. Abſchnitt des Geſetzes, der dinglichen Sicherung.

Denn inſoweit iſt das Reichsgeſetz kein Zwangsgeſetz. § 9 desſelben ſtellte es den Bundesſtaaten anheim, durch Verordnung für ihr Gebiet dasſelbe einzuführen, ohne hiefür irgendwelche Vorausſetzungen aufzuſtellen. Und auch in den Einzelſtaaten findet die Sicherung der Bauforderungen nicht gleichmäßig ſtatt, ſondern ſie iſt wiederum beſchränkt auf diejenigen Gemeinden, die durch landesherrliche Verordnung — dieſe Form wurde gewählt als elaſtiſcher und den jeweiligen Bedürfniſſen ſchneller ſich

anpaſſender, gegenüber der ſchwerfälligen Maſchine der Geſetzgebung — namentlich beſtimmt ſind. So haben wir einen Zuſtand tatſächlicher Rechtsungleichheit. Er rechtfertigt ſich durch die Erwägung, daß der Bauſchwindel eine Erſcheinung der großen oder in der Entwicklung begriffener Städte iſt; auf dem platten Lande und in den kleinen Städten hingegen, wo die Verhältniſſe durchſichtige ſind, wird regelmäßig kein Boden für jene Mißſtände ſein.

Da nun mit dem Geſetz zweifellos Erſchwerungen und Verzögerungen für das Baugeſchäft, Störungen in der Geldbeſchaffung für den Terrainbeſitzer in Kauf genommen werden mußten, ſchien es geboten, dasſelbe in anbetracht ſeiner Nachteile nur da zur Verwendung zu bringen, wo ein Bedürfnis darnach beſteht, alſo auch Vorteile erzielt werden, jeden unnötigen Eingriff in das ſolide Erwerbsleben aber zu vermeiden.

Alle dieſe Umſtände kommen bei § 648 nicht in Frage.

Für ſein Verhältnis zu dem Geſetze vom 1. Juni 1909 folgt daher hinſichtlich des Geltungsgebietes: In dem größten Teil des Reiches (die Land- und kleineren Stadtgemeinden) wird der II. Abſchnitt wohl überhaupt nicht praktiſch werden. Was die Großſtädte anbelangt, ſo iſt hier die Möglichkeit ſeines Inkrafttretens zwar näher gerückt, immerhin kann auf Grund der Tatſache, daß derſelbe zur Zeit, zwei Jahre nach ſeinem Geſetzwerden, noch nirgends eingeführt iſt, mit ziemlicher Wahrſcheinlichkeit angenommen werden, daß ſeine Anwendung eine häufige nicht ſein wird.

Es iſt hier feſtzuſtellen, daß der Bauſchwindel nicht mehr in dem Maße ſich bemerkbar macht, wie in den neunziger Jahren. Dieſe Geſundung der Verhältniſſe kommt ſchon in dem ſtarken Rückgang der Subhaſtationen von Neubauten zum Ausdruck. Die Handwerker haben im Laufe der Jahre die Erfahrungen nicht ſpurlos an ſich vorübergehen laſſen; ſie ſind vorſichtiger in der Kreditgewährung und routinierter geworden. Auch hat der Geſchäftsbetrieb der Bauſtellenhändler momentan ſolidere Bahnen eingeſchlagen; denn nicht ſelten haben ſie bei Rückerwerbung

von Neubauten, deren Ausführung auch nicht immer mangelfrei war, Verluſte erlitten, beſonders wenn jene ſich häuften. Vielleicht übt auch ſchon die drohende Möglichkeit einer Einführung des Geſetzes ihren Einfluß aus. Ob dieſer günſtige Umſchwung von Dauer ſein wird, ob insbeſondere nicht bei Konjunkturſteigerung die alten Manipulationen bemerkbar werden, iſt eine Frage für ſich.

Jedenfalls iſt damit zu rechnen, daß bis auf weiteres das B.G.B. die einzige Beſtimmung enthält, welche in Betracht kommt, ſoweit es ſich um den Schutz der Baugläubiger durch dingliche Sicherſtellung handelt.

Wie ſich das Verhältnis geſtaltet, wenn der zweite Abſchnitt in Kraft geſetzt iſt, darüber wird ſpäter zu handeln ſein.

§ 6.

Sachlicher Geltungsbereich.

§ 648 gewährt den Hypothekentitel dem Unternehmer eines „Bauwerkes“.

§ 9 des Geſetzes hingegen läßt eine Sicherung der Bauforderungen zu für den Fall des „Neubaues“. Die Buchführungspflicht nach § 2, ebenſo die in § 4 für den Bauleiter feſtgeſetzte Verpflichtung iſt in gleicher Weiſe beſchränkt, während die Baugeldverwendungspflicht, § 1, allgemein bei Bauten jeder Art ſtatuiert iſt. Damit iſt der Geltungsbereich dieſer Vorſchriften in objektiver Beziehung feſtgelegt. Aus ihrem Wortlaute ſchon geht hervor, daß ihre Anwendung ſich nicht auf die gleichen Tatbeſtände gründet.

Zunächſt ſollen die verſchiedenen Begriffe erläutert werden, daraus werden ſich die Grenzen ihrer Anwendbarkeit in der Praxis ergeben.

Für den Begriff Bauwerk findet ſich weder im B.G.B. ſelbſt (§ 638, 1012, 1014) noch in den Motiven und Protokollen eine authentiſche Definition. Nach der Erläuterung

des Reichsgerichts,[1]) die ſich auch die Literatur zu eigen gemacht hat, ſind hierunter unbewegliche, durch Verwendung von Material und Arbeit in Verbindung mit dem Erdboden hergeſtellte Sachen zu verſtehen.

Identiſch hiemit iſt der „Bau“ im Sinne des § 1 des Geſ. Demnach ſind dieſe Begriffe ſehr umfaſſend, ſie begreifen ſowohl Hoch- wie Tiefbauten jeder Art in ſich, ohne weitere Unterſcheidung zu treffen.[2]) Demgegenüber iſt der Ausdruck „Neubau“ der untergeordnete, er bezieht ſich nach allgemeinem Sprachgebrauch nur auf Gebäude. Hierunter werden Bauwerke verſtanden, welche mehr oder minder feſt gegen äußere Einflüſſe abgeſchloſſen zur Unterkunft von Menſchen und Tieren, ſowie zur Verwahrung von Sachen beſtimmt ſind.[3])

Im Gegenſatze zu § 648, der in gleicher Weiſe auf Neubauten, wie Reparatur- und Umbauten ſich bezieht, gilt jedoch das Geſetz nicht für Gebäude ſchlechthin, ſondern ausſchließlich für den Fall ihrer neuen Herſtellung. (§§ 2, 4, 9[I], anders nur §§ 1, 3).

Es iſt alſo in zweifacher Richtung die Anwendungsmöglichkeit des Geſetzes eine beſchränktere, wie die der entſprechenden Beſtimmung beim Werkvertrag. Was aber unter Neubau zu verſtehen iſt, ſagt das Geſetz im § 2 Abſ. II ſelbſt ausdrücklich. Dabei weicht es von dem täglichen Sprachgebrauch nur in ſoweit ab, als es Nebenbauten ausſchließt inſoferne ſich auf der Bauſtelle noch kein Bauwerk von Bedeutung befinden darf. (Die Entwürfe hatten, ſehr eng gefaßt, einen Neubau nur dann angenommen, wenn die Bauſtelle eine beſtimmte Friſt vor der Erteilung der Bauerlaubnis unbebaut im Sinne des Entwurfes geweſen war. Demnach wären Abrißbauten nicht unter das Geſetz gefallen).

Für die Praxis ergibt ſich aus dieſen Vorbemerkungen: Auch wenn der II. Abſchnitt des Geſetzes in Kraft getreten

[1]) Entsch. i. C. S., Bd. 30, 153; 56, 43.
[2]) Siehe die Motive, Bd. III, Seite 470.
[3]) Staudinger, § 836, Anm. 4a d, § 648 II 3a; Oertmann, §§ 836, 648 Anm. 3b.

ist, scheidet seine Anwendbarkeit von vornherein aus, soweit es sich um Tiefbauten handelt.

Ein Bedürfnis zur Sicherung nach dem II. Abschnitte dürfte hier auch kaum bestehen. Die eingangs geschilderten Mißstände sind erfahrungsgemäß bei Bauten dieser Art nicht typisch gewesen. Gleichwohl gilt auch hier die vorbeugende Vorschrift des § 1, demzufolge bei Vermeidung der in § 5 angedrohten Strafe und auch bei Vermeidung der tatsächlich meist wertlosen zivilen Haftansprüche aus § 823[II] B.G.B. mit § 1 des Gesetzes, der Unternehmer, wenn er für die genannten Bauten Baugeld aufnimmt, sie bestimmungsgemäß zu verwenden hat.

Es haben also die Handwerker, die bei Herstellung von Kanälen, Dämmen, Geleiseanlagen tätig sind, auf Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund des in § 648 gegebenen Titels bezw. einer Vormerkung bedacht zu sein.

Handelt es sich jedoch, um einen Spezialfall der Vollständigkeit halber zu erwähnen, um die Legung von Drainageröhren, Herstellung von artesischen Brunnen — das sind Brunnenanlagen, die lediglich aus zusammengesetzten in den Boden versenkten Rohrteilen bestehen — so kann auch nicht der Rechtsbehelf des B.G.B. herangezogen werden. Denn mangels einer festen Verbindung dieser Gegenstände mit dem Grundstück liegen nicht Bauwerke in dem oben dargelegten Sinne vor.[1])

Was nun die Hochbauten anlangt, so ist, wenn von Brücken, Viadukten, Monumenten abgesehen wird, vergl. die Definition oben gemäß § 9, 2[II], auch die dingliche Sicherung der Bauforderungen ermöglicht. Dies unter der Voraussetzung, daß es sich um eine zur Zeit der Bauerlaubnis unbebaute Baustelle handelt. Nach der Begründung hat die Baupolizeibehörde den Umfang der Baustelle dem Antrag des Eigentümers gemäß zu bestimmen, soweit nicht Umgehungsversuchen des Gesetzes entgegen zu treten ist. Der Umfang richtet sich bei § 648 wie bei § 9 des Gesetzes nach dem tatsächlichen Bedarf, nicht

[1]) Ent. des Reichs-S. i. Z., Bd. 56, S. 43.

nach Eintrag im Grundbuch. Oder unter der Vorausſetzung, daß zur maßgebenden Zeit ſich nur Bauwerke untergeordneter Art auf der Bauſtelle befinden. Die Frage, ob ein Bauwerk im einzelnen Fall als untergeordneter Art im Sinne des Geſetzes anzuſehen iſt oder nicht, wird oft zu Meinungsverſchiedenheiten Anlaß geben. Jedenfalls dürfte immer dann, wenn Schuppen, Gartenhäuſer, Holzſtellen, allgemein ausgedrückt: Gebäulichkeiten, deren Wert im Verhältnis zu dem Neubau ein ſehr geringer iſt, vorliegen, die Vorausſetzung des § 9 gegeben ſein.

Endlich unter der Vorausſetzung, daß ein Abriß- oder Erſatzbau in Frage ſteht. Alſo immer da, wo auf einer bereits mit Gebäuden beſetzten Stelle nach gänzlicher Beſeitigung dieſer gebaut wird, ſei es, daß jene durch Naturgewalt zerſtört oder durch menſchliche Tätigkeit abgetragen wurden. Der Bau als ſolcher iſt, da er vom Grund auf beginnt, ein Neubau.

Dieſe Ausdehnung des Geſetzes auf Abrißbauten, welche erſt in der Kommiſſion durchgeſetzt wurde, iſt deswegen nicht unwichtig, weil ſie nicht ſelten in alten Städten mit veralteten Stadtteilen oder an der Peripherie wachſender Städte, die hier bis dahin ländlich bebaut waren, in großem Stile vorgenommen werden, oft hervorgerufen durch die Spekulation, die ganze Häuſerreihen für ihre Zwecke aufkauft.

Zu unterſcheiden ſind dieſe von Umbauten bezw. Auf- und Anbauten: dabei bleiben die alten Gebäude zum größeren oder geringeren Teile beſtehen und es werden nur Einzelheiten abgeändert.

Hier ſind die Handwerker immer nur, ſoweit ſie dingliche Sicherung anſtreben, auf § 648 angewieſen; dieſer ſetzt begrifflich einen Neubau nicht voraus, wie ſich aus § 631[II] ergibt. Das Geſetz bleibt dagegen vom § 1, 3 abgeſehen, immer außer Anwendung; das iſt beſonders hervorzuheben, denn es iſt nicht zu verkennen, daß es ſich auch bei bloßen Umbauten um Unternehmungen bedeutender Art handeln kann, die erheblichen Geldaufwand erfordern: man denke nur an die im Zentrum der

Städte in unſerer Zeit vor ſich gehende ſyſtematiſche Umwandlung der Wohnräume in Geſchäftslokalitäten, Umbauten der Speicherräume in Manſardenwohnungen und dergl.

Man ging von der Annahme aus, daß, was allerdings nicht unbeſtritten iſt, hauptſächlich bei Neubauten jene unreellen Schiebungen vorkommen; daß Umbauten ſelten ohne ausreichende Mittel und regelmäßig nicht auf Spekulation in Angriff genommen würden. Durchſchlagend war jedenfalls die Erwägung, daß in dieſen Fällen die Gefahr einer Schädigung des Realkredits eine erhöhte ſei.

Schließlich verdienen noch eine beſondere Betrachtung die Bauwerke, welche gemäß § 95 B.G.B. nicht Beſtandteile des Grundſtücks ſind. In Betracht kommen hier Gelegenheitsbauten, wie Bauhütten, Tribünen, Baracken, Ausſtellungsbauten, Jahrmarktsbuden, daneben Werke, die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundſtücke von dem Berechtigten errichtet ſind: Waſſerleitungen, Schienenanlagen und dergl.

Da dieſe Gebäude — die zuletzt genannten Beiſpiele kommen an und für ſich nicht in Betracht nach dem früher Geſagten — nicht Beſtandteile des Grund- und Bodens ſind, ſo werden ſie von den Beſtimmungen des Geſetzes nicht getroffen. Denn dieſes ſetzt ſeinem Zwecke entſprechend voraus, daß die Baugläubiger ſich an dem von ihnen hergeſtellten Gebäude ſicher ſtellen können. Die Hypothek an Grund und Boden ergreift aber gemäß § 93 nur dann die Bauten, wenn ſie Beſtandteile dieſes ſind.[1])

Anders § 648; für ſeine Anwendung iſt es an ſich nicht notwendig, daß das Bauwerk weſentlicher Beſtandteil von Grund und Boden iſt.[2])

In dieſem Falle beſchränkt ſich die Sicherſtellung eben auf das Grundſtück. Deſſen Wert allein kann dem Gläubiger genügende Garantie bieten. Daher erfüllt ſich auch

[1]) Schneider, S. 29; Jacobi, § 2a[5].

[2]) Oertmann, § 648 Anm. 4a, a. A. Staudinger, § 648d II 3d.; Höchtl, Diss. S. 17.

hier die gesetzespolitische Absicht des § 648 B.G.B., wenngleich sich die Pfandhaftung des Grundstückes nicht auf den werterhöhenden Gegenstand, das Gebäude, erstreckt.

Aber soweit es sich um die in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück auf diesem errichteten Gebäulichkeiten handelt, wird auch § 648 nicht mehr zutreffend sein. Hier fehlt es an der Voraussetzung des Grundstückbesitzes auf seiten des Bestellers.

Ist nach den bisherigen Ausführungen der Schutz des Gesetzes vom 1. Juni 1909 schon von vornherein in beschränkterem Umfange gegeben, als der des B.G.B., so wird er auch noch im Gegensatz zu diesem von positiven Ausnahmen durchbrochen. Solche bestehen in den Fällen, in welchen nach den Verhältnissen des Eigentümers eine Schädigung der Bauhandwerker als ausgeschlossen erachtet wurde, siehe § 12^{II}, ferner aus einem anderen Gesichtspunkt in § 10^{II}.

§ 7.

Der Kreis der geschützten Personen.

Sowohl das Bauforderungssicherungsgesetz wie auch § 648 B.G.B. haben als Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit, daß die beteiligten Personen in Vertragsbeziehungen stehen. Der Schutz ist nicht auf Grund der bloßen Tatsache geleisteter Arbeit gegeben. Es scheiden somit von Anfang an alle die Fälle aus, in denen Jemand aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag für tatsächlich geleistete Arbeit z. B. dringende Reparaturen, gegen den Eigentümer Forderung geltend macht, oder auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung Ansprüche erheben kann, letzterer z. B. wenn es sich nachträglich herausstellt, daß der abgeschlossene Vertrag nichtig — absolut oder auf Anfechtung hin — war.[1])

Was nun den Umfang des Personenkreises anlangt, zu dessen Gunsten die gesetzlichen Bestimmungen bestehen,

[1]) Schneider, S. 30.

ſo weichen hierin unſere geſetzlichen Beſtimmungen erheblich ab und zwar, was im Voraus bemerkt ſei, zeigt die ſpätere Geſetzgebung die Tendenz einer Ausgeſtaltung in extenſiver Richtung, ſo daß ſie im Effekt nicht mehr bloß dem Handwerkerſtand dient, deren Intereſſen ſie urſprünglich hervorgerufen hatten.

Daher führt das Geſetz auch den neuen Begriff „Baugläubiger“ ein. Nach dem Wortlaut des § 648 B.G.B. ſteht der Rechtsbehelf des B.G.B. dem Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes zu.

Den Anſpruch auf die dingliche Sicherung nach Maßgabe des Abſchnittes II des Geſetzes erwerben die „Baugläubiger“. Was darunter verſtanden ſein will, ergibt ſich aus §§ 18 und 19 in einer jeden Zweifel ausſchließenden Weiſe.

Der Begriff des Unternehmers im Sinne des § 648 B.G.B. erhellt aus der Stellung dieſes Paragraphen im Syſtem des Geſetzes. Da er unter den Vorſchriften über dem Werkvertrag ſteht, iſt dieſer Begriff der gleiche wie in § 631; es iſt derjenige Kontrahent bei einem Werkvertrag, der die Herſtellung des Werkes übernommen hat.

Wenn man die bei der Errichtung eines Baues tatſächlich beteiligten Perſonengruppen ins Auge faßt, ſo ergibt ſich, daß § 648 auf die Arbeiter und kaufmänniſchen Lieferanten nicht abgeſtellt iſt. Denn die Rechtsverhältniſſe der Arbeiter beurteilen ſich nach den Regeln des Dienſtvertrages, die der Lieferanten nach Kaufvertrag bezw. Werklieferungsvertrag. Alle die Anſprüche aus Dienſt- und Lieferungsverträgen entbehren aber des hier gewährten Schutzes.[1])

Demgegenüber zieht das Geſetz die Grenzen ſeines Geltungsbereiches erheblich weiter, indem es die an der Herſtellung des Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienſtvertrages Beteiligten, ſowie diejenigen, welche zur Herſtellung des Gebäudes Sachen geliefert haben, mit einem Anſpruch auf Eintragung der Bauhypothek ausſtattet (§ 18, 11II).

[1]) R.-G.-Entsch. in Zivilsachen, Bd. 63, Seite 316; Oertmann, Amn. 3a zu § 648.

Auch die Baugeldverwendungspflicht ist im allgemeinen Teil als gegenüber denselben Personenklassen bestehend, festgelegt. §§ 1, 5 in objektiver Hinsicht sogar in weiterem Umfang.[1])

Der Gedanke eines solchen weitgehenden Schutzes war schon bei der Schaffung des B.G.B. vorhanden (Antrag Auer und Genossen.[2])

Für die ablehnende Stellungnahme war hauptsächlich maßgebend, daß ein wesentlicher Unterschied in den rechtlichen Verpflichtungen der Handwerker einerseits und der Lieferanten anderseits darin liegt, daß letztere nicht zur Vorleistung verpflichtet sind. Sie sind daher in der Lage, sich vor Verlusten durch Zurückhaltung ihrer Waren selbst zu schützen; tatsächlich sind auch die hier in Betracht kommenden Kreise in der Regel wirtschaftlich stark genug, um davon Gebrauch zu machen. Freilich sind schon mit der Nichtverwendung zur Lieferung bereitgestellter Gegenstände Verluste immer verbunden.

Der Entwurf 1897 stand noch in dieser Frage auf dem Boden des B.G.B.; nur durch Einbeziehung „der an der Herstellung des Bauwerkes auf Grund eines Dienstvertrages Beteiligten" also der Arbeiter, ging er darüber hinaus.

Die beiden Entwürfe des Jahres 1901 trennten sich in diesem Punkte; der Entwurf B bezog die Lieferanten ein. Auf diesem ist der letzte vorgelegte Entwurf aufgebaut. (Eine Zusammenstellung der Gründe für und wider siehe Bd. 242 der Verhandlungen des Reichstages, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Seite 2158, 1907).

Wenn die Gesetzgebung, die doch durch die Schädigungen der Handwerker allein veranlaßt war — die Kaufleute hatten nie das Verlangen darnach erhoben — sich trotzdem auch auf die letzteren erstreckte, so waren hiefür einmal Gründe der Billigkeit durchschlagend. Ihre Beteiligung an der Werterhöhung, die das Grundstück durch den Bau erfuhr, war die gleiche wie die der Handwerker.

[1]) Schneider, S. 35.

[2]) Nr. 465 der Drucksachen von 1896 ad. 42.

Sodann auch Zweckmäßigkeitserwägungen: die Grenzen zwiſchen Handwerkern und Lieferanten ſind in der Praxis oft ſchwer zu ziehen. Und zudem ergab ſich ein neuer Geſichtspunkt im Verhältnis zu § 648 B.G.B. aus dem Syſtem des Geſetzes ſelbſt für die Notwendigkeit der Einbeziehung der Kaufleute: Nach § 34 erwirbt der Baugeldgeber für ſeine Hypothek die Vorzugsſtellung nur dann, wenn Baugläubiger bezahlt werden. Gehören die Lieferanten nicht zu ihnen, ſo wird der Geldgeber, der begreiflicherweiſe auf den Rang ſeiner Hypothek bedacht iſt, Zahlungen an die Lieferanten hintanzuhalten wiſſen. Demgegenüber kam das Bedenken, daß durch Berückſichtigung dieſer meiſt beträchtlichen Forderungen der ſozial-politiſche Zweck des Ganzen, Förderung des wirtſchaftlich ſchwachen Handwerkers, teilweiſe vereitelt werden kann (denn die auf die Einzelnen entfallende Dividende wird bei vermehrter Beteiligung geringer) nicht in Betracht.

Überdies können die Folgen, die ſich für die Lieferanten aus ihrem Ausſchluß ergeben, unſchwierig umgangen werden: Die Kaufleute liefern die Materialien an die Handwerker und laſſen ſich deren Forderungen abtreten. Oder die großen Firmen führen auch die Verarbeitung und Verwendung in den Bau in eigener Regie durch.

Das ſind Möglichkeiten, auf die innerhalb der Regelung des § 648 B.G.B. infolge ſeiner verſchiedenen rechtlichen Konſtruktion Rückſicht nicht zu nehmen war.

Eine geringe praktiſche Bedeutung hat die Abweichung gegenüber § 648, die in der Einbeziehung der aus Dienſtvertrag Forderungsberechtigten liegt; dort ſind ſie ausgeſchloſſen, da Arbeiter in Bezug auf den Bau nicht als Unternehmer gelten können.

Zwar tritt uns hier das große Heer der Arbeiter entgegen und was von der wirtſchaftlichen Stellung der Handwerker geſagt iſt, gilt hier noch in höherem Grade.

Wenn trotzdem die Erfahrung gezeigt hat, daß Schädigungen der Bauarbeiter durch den Bauſchwindel zu den Ausnahmen gehören und nie nennenswerte Beträge

ausmachten, so erklärt sich dies daraus, daß sie überhaupt nicht gegen Kreditierung der Vergütung arbeiten. Daher bestehen niemals bedeutende Rückstände ihrer Forderungen.

Zu erwähnen wäre in diesem Zusammenhange noch, daß Verträge über vorzunehmende Reparaturen, Arbeiten, die ja an sich vom § 648 umfaßt werden, ihrer rechtlichen Natur nach sehr oft Dienstverträge sind. Hier versagt also § 648, aber auch das Gesetz greift hier nicht ein, weil es nur auf Neubauten Anwendung findet.

Da das Gesetz zwischen Forderungen aus Werk-, Dienst- oder Kaufverträgen nicht unterscheidet, vielmehr dieselben in gleicher Weise der Sicherung teilhaftig werden läßt, erübrigt sich für seine Anwendung in der Praxis eine genauere Abgrenzung in dieser Hinsicht, eine Feststellung, die nicht immer unschwierig ist, anderseits da, wo der Anspruch nach § 648 geltend gemacht werden will, getroffen werden muß.[1])

Die Verträge, die ein Bauherr mit seinen Bauhandwerkern schließt, sind ihrer rechtlichen Konstruktion nach nicht immer klar; sehr häufig kommen nicht nur verschiedene, wenn auch in enger Beziehung zu einanderstehende, so doch selbständige Verträge nebeneinander in Betracht, die verschieden zu beurteilen sind, sondern auch Verträge, die als Gegenstand Leistungen verschiedener Art haben. Z. B. sind Lieferungen von Gegenständen und Leistung von Arbeiten in demselben Kontrakt vereinbart, oder ein Vertrag vereinigt in sich sowohl Elemente eines Werk- und Dienstvertrags. Maßgebend bei diesen sog. gemischten Verträgen ist, welche von den ausgemachten Leistungen als wichtiger, welche als die verhältnismäßig nebensächliche erscheint. Ist als die Hauptleistung die Herstellung einer bestimmten Arbeit anzusehen, dann ist § 648 anwendbar.

Daher hat der Maurermeister, der zugleich den für seine Arbeit nötigen Zement oder Kalk liefert, der Zimmermann, welcher das Holz selbst beschafft, den Anspruch auf die Sicherungshypothek nicht bloß für den Teilbetrag der Forderung, der auf seine Arbeitsleistung entfällt, sondern

[1]) Drost, S. 24.

auch für jenen Betrag, der sich aus der Lieferung ergibt.

Zum gegenteiligen Ergebnisse führen die Fälle, in welchen Lieferanten, besonders große Firmen, nicht bloß liefern, sondern auch die im Zusammenhang mit ihren Lieferungen stehenden Arbeiten selbst ausführen lassen, z. B. Heizungs- und Beleuchtungskörper werden von der Firma, die sie liefert, auch eingebaut. Hier gibt es keinen Schutz nach § 648, denn entweder ist der ganze Vertrag nach dem wirtschaftlich wichtigeren Teil als Kaufvertrag oder er ist als Werklieferungsvertrag aufzufassen. Im § 651 ist aber die Anwendung des § 648 schlechthin ausgeschlossen.

Ist aber der II. Abschnitt des Gesetzes eingeführt, so ist die dingliche Sicherung nach diesem unzweifelhaft.

Es ist endlich nicht zu übersehen, daß nicht jedem Gläubiger, der Handwerker ist und als solcher beim Bau mitgearbeitet hat, der Hypothekentitel des B.G.B. zukommt.

Seine Arbeit muß sich vielmehr als eine solche darstellen, die unmittelbar der Errichtung des Baues dient und irgendwie unmittelbar am Bauplatze vor sich geht.

Das ist immer dann nicht der Fall, wenn ein Handwerker die ihm übertragenen Arbeiten in seiner Werkstatt herstellt, sie abliefert, aber nicht selbst in den Bau einfügt. Solchenfalls ist geleistet auf Grund eines Werklieferungsvertrages.[1])

Daher zählt der Schreinermeister, der die Türen, der Glaser, der die Fenster anzufertigen und lediglich abzuliefern hat, nicht zu den Unternehmern im Sinne des § 648, wohl aber kommt ihnen das Bauforderungssicherungsgesetz zu gute.

Außer den bisher erörterten Voraussetzungen der dinglichen Sicherstellung, welche das Vorliegen eines Vertrages überhaupt und eines Vertrages bestimmter Gattung im besonderen zum Gegenstande haben, ist ferner auf weitere

[1]) Drost, S. 31 ff.; Höchtl, S. 16; Rechtsprechung des bayer. obersten Landg. II, 382; Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1901, S. 385; ebenso der Berichterstatter Enneccerus in der 111. Sitzung vom 22. Juni 1896, Stenogr. S. 2817. „Jeder, der irgend eine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung eines Gebäudes geleistet hat, hat das Recht, auf Grund dieses § die Sicherungshypothek eintragen zu lassen."

Bedingungen jener Sicherung einzugehen, nämlich auf diejenigen, welche auf das Subjekt des Vertrages, auf die kontrahierenden Perſonen, abgeſtellt ſind. Sodann iſt noch zu prüfen, welche Stellung die Geſetze gegenüber dem Objekte des Vertrages, der zu leiſtenden Arbeit einnehmen.

Was zunächſt die Kontrahenten, die den Vertrag ſchließen, anlangt, ſo bringt § 648 mit der Wendung: Der Unternehmer .... kann die Einräumung einer Sicherheitshypothek an dem Baugrundſtück des Beſtellers verlangen, unzweideutig zum Ausdruck, daß ſeine Vorſchrift ausſchließlich in dem Fall zur Anwendung kommen kann, wenn der Eigentümer des Grundſtückes ſelbſt es iſt, der mit dem Werkmeiſter kontrahiert hat, ſei es perſönlich oder durch Stellvertreter.

Demnach ſcheiden, ſoweit das B.G.B. allein in Betracht kommt, einerſeits die Fälle alle aus, in denen der Eigentümer der Bauſtelle formell überhaupt nicht als Kontrahent auftritt bei Vertragsabſchlüſſen, die ſein Bau mit ſich bringt, anderſeits diejenigen, bei welchen zwar der Eigentümer ſelbſt als Geſchäftsherr auftritt und ſich verpflichtet, dies aber nur einem (General-) Unternehmer gegenüber tut, dem er die Ausführung des Baues im Ganzen oder in Teilen und demzufolge auch den Abſchluß der Verträge mit den einzelnen Lieferanten und Handwerkern überträgt, während er ſelbſt zu allen dieſen, die den Bau eigentlich aufführen, in keinerlei rechtliche Beziehung tritt.

Es iſt offenbar, daß dieſe Maßnahmen des § 648, inſofern nichts für die Fälle, in denen Eigentümer und Beſteller nicht identiſch ſind, vorgeſehen iſt, unzureichend ſind. Es bedarf keines beſonderen Hinweiſes auf die hier gegebenen Umgehungsmöglichkeiten des geltenden Rechtes.

Demgegenüber geſtaltet das neue Geſetz ſeine Vorſchriften in den §§ 18 und 19 ſo erſchöpfend aus, daß unlautere Schiebungen und Machenſchaften unmöglich ſein dürften.

Nach § 18 hängt die Eigenſchaft eines Baugläubigers davon ab, daß der Werk-, Dienſt- oder Lieferungsvertrag

von dem Eigentümer der Bauſtelle oder für ſeine Rechnung abgeſchloſſen iſt. Dem Eigentümer der Bauſtelle ſteht gleich, wer den Bau mit Zuſtimmung des Eigentümers als Bauherr aufführt.

Der Baugläubiger geht demnach der dinglichen Sicherung nicht verluſtig, wenn der Grundſtücksbeſitzer nach außen nicht auftritt, ſondern ein Dritter in eigenem Namen den Bau errichtet.

Dies ſowohl dann, wenn der Dritte bloß nicht im Namen des Eigentümers, aber immerhin auf deſſen Rechnung handelt. Es wird in ſolchen Fällen in der Regel ein Auftragsverhältnis zwiſchen Eigentümer und Bauunternehmer beſtehen. So dann, wenn der erſtere durch ein Baugeſchäft in Regie bauen läßt. Hier legt dieſes ihm Rechnung über die Bauausführung ab und er bezahlt den tatſächlich ausgegebenen Betrag und die von vornherein ausgemachte Vergütung für das Geſchäft.

Daß die einzelnen Poſten der Rechnung gerade mit dem Willen des Eigentümers aufgewendet wurden, iſt dabei nicht erforderlich; auch wenn der beauftragte Dritte ohne Vorwiſſen bezw. auch gegen den Willen des Eigentümers gehandelt hat, wird der Gläubiger Baugläubiger.[1])

Das Geſetz geht aber noch weiter und ſtellt den bisherigen Fall, wo ein Dritter auf Rechnung des Eigentümers baut, dem andern gleich, indem ein Dritter nicht bloß in eigenem Namen, ſondern auch auf eigene Rechnung auf fremdem Grundſtück, unter der Vorausſetzung der Zuſtimmung des Eigentümers den Bau errichtet. Dies kommt im Nachſatz des § 18 zum Ausdruck.

Bauherr iſt nämlich nach der Definition des Reichsgerichtes (Entſch. Bd. 45, Seite 1) jeder, der einen Bau für ſeine eigene Rechnung aufführt, gleichgültig, ob er Eigentümer des Grund und Bodens, auf welchem gebaut wird, iſt oder nicht.

Anders als bei § 648 B.G.B. werden damit alſo durch das Geſetz die Beteiligten nicht ſchlechter geſtellt, wenn,

[1]) Schneider, S. 31.

wie es oftmals vorkommt, zwiſchen Bauſtellenverkäufer und Bauunternehmer Vereinbarungen vorliegen des Inhalts, daß die Auflaſſung des Grundſtückes erſt erfolgen ſoll, wenn der Bau vollendet iſt, ſo daß während und beliebig lange nach dem Bau der Verkäufer noch als Eigentümer figuriert. Dem Hypothekentitel des B.G.B. unterliegt das Grundſtück nicht, da dieſer Eigentümer ja an dem Bau nicht beteiligt, nicht Beſteller iſt.

Auch Schiebungen, die häufig unter Ehegatten vorkommen, fallen unter § 18: Die Ehefrau iſt im Grundbuche als Eigentümerin der Bauſtelle eingetragen, der Ehemann tritt als Bauherr d. h. als in eigenem Namen und Intereſſe handelnd auf; oder es baut der Nießbraucher, Pächter, der einen langfriſtigen Vertrag hat, auf dem Grundſtück. Es ſind demnach praktiſch wichtige Fälle, die das Geſetz im Gegenſatze zu den Normen des B.G.B. trifft.

In dieſem Zuſammenhange iſt einſchlägig auch die Beſtimmung der allgemeinen Sicherungsmaßregeln § 4, welche die Anſchlagspflicht des Bauleiters betrifft. Die Intereſſenten können ſich hiernach mühelos darüber informieren, in welchen Eigentumsverhältniſſen die Leute, mit denen ſie ihre Verträge machen, zum Baugrundſtück ſtehen.

Ein bedeutender Fortſchritt gegenüber der Ausgeſtaltung des Handwerkerſchutzes durch das B.G.B. iſt ferner darin zu erblicken, daß das Geſetz auch die Nachmänner, die mittelbaren Baugläubiger, mit hereinbezieht. Die diesbezüglichen Beſtimmungen ſind im § 19 enthalten.

Wie oben ſchon erwähnt, kommt es ſehr häufig vor, daß der Bauherr in dem eben definierten Sinne nicht mit all den Leuten, die die Einzelarbeiten ausführen und Lieferungen ſtellen, ſelbſt abſchließt, ſondern daß er den Bau im ganzen oder doch einzelne Teile desſelben einem oder mehreren Unternehmern übergibt. Dieſe ihrerſeits ſchließen alle erforderlichen Verträge. Bei ſolchen ſog. Entrepriſebauten wird für die Herſtellung des ganzen ein fixer Preis beſtimmt. Er iſt ſo bemeſſen, daß er dem Generalunternehmer je nach ſeinen Abſchlüſſen mit den Bauleuten

Unternehmergewinn verſpricht. Wie bei Regiebauten baut zwar der Dritte im Effekt auf Rechnung des Eigentümers, aber die einzelnen Verträge mit den Handwerkern ſchließt er gewiſſermaßen auf eigene Rechnung.[1])

§ 19 Abſ. 1 des Geſetzes ſagt, welche Beteiligte unter den Begriff der Nachmänner fallen.

Dieſe Nachmännerfrage hat einen lebhaften Streit der Meinungen hervorgerufen. Der Geſetzgeber hat ſich erſt allmählich zu der Löſung entſchloſſen, wie ſie § 19 enthält. Der Entwurf von 1897 und der Entwurf A 1901 ſtand noch ganz auf dem Boden des § 648 und ſchloß ſie alle aus. Entwurf B 1901, der prinzipiell die Nachmänner ſchützen wollte, gab ihnen nur ein Pfandrecht an der geſicherten Forderung des Vormannes.

Erſt das Geſetz gewährt einen unmittelbaren Anteil an der Bauhypothek zum vollen Betrag.

Eine mehrfache Geltendmachung ein und derſelben Forderung iſt auf dieſe Weiſe möglich. § 28 regelt dieſe Eventualität. Hier iſt aber hierauf nicht weiter einzugehen.

Durch § 19 iſt daher eine Möglichkeit, die Baugläubiger um ihre Anſprüche zu bringen, genommen.

Würde der Bauherr die Ausführung einem inſolventen Unternehmer übertragen, ſo würden ſich ohne § 19 alle Handwerker nur an dieſen, da rechtlich nur er ihr Schuldner geworden iſt, halten können, von ihm aber Befriedigung nicht erlangen. Eine Haftung des Grundſtückes und des Gebäudes würde nicht beſtehen, da deſſen Eigentümer in keinerlei rechtliche Beziehungen zu ihnen getreten iſt. Nur der Generalunternehmer hätte den Anſpruch auf die Hypothek, zu ſeiner Geltendmachung könnte ihn niemand zwingen.

Zu betonen iſt jedoch, einmal, daß § 19 nach ſeinem Wortlaute nicht für Lieferanten und Arbeiter gilt. Für ſie bleibt es bei dem Rechtszuſtande, wie er nach § 648 beſteht. Wer die Lieferung von Gegenſtänden übernommen

[1]) Siehe hierüber auch Freese, S. 109.

hat, überträgt durch einen Werkvertrag über die Herſtellung nicht die Rechte eines Baugläubigers.

Zum andern kann nicht mit Beſtimmtheit behauptet werden, ob auch in der Praxis für die Nachmänner wirklich ein beſſerer Schutz gewährleiſtet iſt, als ihn § 648 gibt. Denn nach Abſ. II l. c. iſt die Baugläubigereigenſchaft der Nachmänner an beſtimmte in der Perſon des Eigentümers liegende Vorausſetzungen geknüpft, die nicht immer zutreffen; denn eine Abſicht des Unternehmers, die Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen, wird doch nur ſelten beſtehen, ſo daß dem Eigentümer nur in wenigen Fällen der gute Glaube im Sinne des Geſetzes abgeſprochen werden kann. Jedenfalls wird eine Feſtſtellung angeſichts der Erleichterung des Exkulpationsbeweiſes nur ſelten gelingen.

Die bisherigen Ausführungen betreffen die Erforderniſſe, die auf ſeiten des Beſtellers bezw. Dienſtberechtigten und Käufers vorhanden ſein müſſen. Einfach iſt die Sache ſowohl bei § 648 wie nach dem Geſetz, ſoweit die Perſon des Unternehmers in Betracht kommt. Gleichgültig iſt der Umfang ſeines Betriebes, gleichgültig, ob er Handwerker in dem Sinne iſt, daß er gewerbsmäßig die Herſtellung von Bauarbeiten betreibt.

Während aber bei § 648 gewerbliche Selbſtändigkeit desjenigen verlangt wurde,[1]) der die Arbeiten an dem Bau verrichtet, kommt dieſer Unterſchied bei dem Geſetze deswegen in Wegfall, weil ja auch Dienſtverträge mit einbezogen ſind. Nicht bloß Maurermeiſter, Zimmermeiſter, ſondern die Maurer und Zimmerleute ſchlechthin ſind des Schutzes teilhaftig.

Im § 18 des Geſetzes wird endlich der Kreis der geſchützten Perſonen noch inſoferne näher präziſiert, als ſich die Arbeiten derſelben auf weſentliche Beſtandteile des Gebäudes beziehen müſſen.

Aus den gewählten Worten: Baugläubiger ſind die an der Herſtellung des Gebäudes . . . . Beteiligten, ſowie dienigen, welche zur Herſtellung des Gebäudes Sachen

[1]) Drost, S. 27 und die hier angegebene Literatur.

geliefert haben, womit ſich das Geſetz die Ausdrucksweiſe im § 94, Ab. II. B.G.B. aneignet, geht hervor, daß es jene Einſchränkung gemacht wiſſen wollte.

Diejenigen Geſchäftsleute ſind demnach nach dem Geſetz nicht geſchützt, welche Zubehörſtücke herſtellen und liefern. Die Grenzen zwiſchen beiden Begriffen ſtehen nicht feſt. Über dieſe Frage, auf die im einzelnen im Rahmen dieſer Arbeit nicht eingegangen werden kann, beſonders über die einſchlägige Rechtſprechung, ſtehe insbeſondere Jakobi, S. 60 ff. über einen Spezialfall, Schneider, Anm. 2 zu § 18, S. 92. Nichts anderes gilt inſoweit auch für § 648.[1])

Aus dem nämlichen Grunde: an Zubehörſtücken iſt im Gegenſatz zu weſentlichen Beſtandteilen Eigentumsvorbehalt möglich; daher können ſich, da dieſe Sachen nicht unter die Pfandrechtsverſtrickung der Hypothekengläubiger fallen, die Lieferanten durch Eigentumsvorbehalt ſichern.

Abſchließend iſt noch auf einen praktiſch bedeutſamen Unterſchied einzugehen, worauf die im Geſetz gebrauchten Worte hinweiſen: Baugläubiger ſind die an der Herſtellung des Gebäudes Beteiligten.

An der Herſtellung des Gebäudes ſind nämlich nicht allein die Handarbeiter, ſondern auch die Perſonen, welche geiſtige Arbeit leiſten, beteiligt. Es gibt ferner Arbeiten, die unmittelbar in dem Fortſchreiten des Baues zum Ausdruck kommen und ſolche, welche ſein Entſtehen nur mittelbar fördern. Was die Art der geleiſteten Arbeit in dem ſoeben entwickelten Sinne anlangt, iſt im § 18 des Geſetzes der Kreis der geſchützten Perſonen erheblich weiter gezogen. Es kommen nicht allein die Maurer, Zimmerleute, Dachdecker, Schloſſer, Schreiner uſw. in Betracht, ſondern auch der Architekt, der die Pläne ausarbeitet, der Bauleiter, der die Arbeiten an Ort und Stelle beaufſichtigt.

Anderſeits gehören zu den Baugläubigern alle diejenigen, welche die Erd- und Schachtarbeiten, ſowie die An- und

[1]) Staudinger, § 648 Anm. II 3d.

Abfuhr von Materialien ausführen — ſoweit dieſe Leute überhaupt mit dem Bauherrn abſchließen.

Anders im § 648: Hier müſſen die Arbeiten, deren Entlohnung geſichert ſein ſoll, in dem Bauwerk enthalten ſein und körperlich ſichtlich in dieſem zum Ausdruck kommen.

Daher entbehren hier die Architekten, Bauleiter, Fuhrunternehmer des Schutzes.[1])

§ 8.

Die geſchützten Forderungen.

Die Vorausſetzungen, unter denen eine Forderung des Baugläubigers in dem vorher feſtgeſtellten Sinne den dinglichen Schutz erfährt, Bauforderung iſt, enthält § 26 des Geſetzes.

Nicht alle Anſprüche, die einem Werkmeiſter oder Lieferanten aus Anlaß eines Baues tatſächlich gegenüber dem Eigentümer zuſtehen können, fallen unter das Geſetz. Hierin ſtimmt es mit § 648 B.G.B. überein. Wie hier der Pfandrechtstitel nur für die Forderungen aus dem Vertrag gegeben iſt, gilt nach § 20 l. c. als Bauforderung nur der Anſpruch auf die vereinbarte Vergütung.[2])

Demnach kommen alle die Forderungen von vornherein nicht in Betracht, welche auf unerlaubte Handlungen des Eigentümers gegründet ſind, mögen ſie auch in einem untrennbaren tatſächlichen Zuſammenhang mit dem Bau ſtehen, ſolange ſie nicht zugleich Verletzung vertraglicher Pflichten ſind. Ferner haben auszuſcheiden die Anſprüche auf Konventionalſtrafe § 339 B.G.B; denn dieſe haben als Grundlage nicht den Werk- bezw. Dienſt- oder Kaufvertrag, ſondern eine beſondere daneben einhergehende Vereinbarung. Dann diejenigen auf Reugeld, denn für dieſe iſt Rücktritt vom Vertrag Vorausſetzung; damit

[1]) Rechtsſpr., Bd. X, S. 181, XII, 80; Oertmann, § 648 Anm. 3a.

[2]) Staudinger, § 648 Anm. 5, § 647 Anm. 3; Oertmann, § 648 Anm. 5; Drost, S. 34; Schneider, § 26 Anm. 1.

aber ist der Vertrag aufgehoben. Innerhalb des Kreises auf Forderungen, die aus Werk- bezw. Dienst- und Kaufverträgen sich ergeben, sind Unterscheidungen zu treffen: Es ist nicht bloß mit den Ansprüchen zu rechnen, welche auf den ursprünglich in dem Vertrag festgesetzten Leistungsgegenstand sich beziehen, gemäß §§ 631 bezw. 611, 433[II] die vereinbarte Vergütung, sondern zu berücksichtigen sind auch diejenigen Ansprüche, welche wie jene zwar den Vertrag zum Ausgangspunkte haben, bei denen aber der ursprüngliche Leistungsgegenstand in Folge Hinzutreten äußerer Umstände zu dem Vertrage sich kraft Gesetzes umgewandelt hat, es sind die Schadenersatzansprüche wegen Verzug, Unmöglichkeit der Leistung. Während nämlich das Pfandrecht nach § 648 gegeben ist für alle aus dem Werkvertrag entstandenen und in diesem dem Rechtsgrund nach wurzelnden Forderungen an den Besteller,[1]) somit es darauf nicht ankommt, ob der Vertrag erfüllt ist oder nicht, gibt im Gegensatz hiezu § 20 einer Forderung den Charakter einer Bauforderung nur insoweit, als der Vertrag erfüllt, d. h. die Leistung wirklich in den Bau verwendet ist. Im Prinzip wenigstens und auch bei der durch die Reichstags-Kommission in Abs. II eingefügten Ausnahme handelt es sich um Arbeiten, die für den Bau, wenn sie auch nicht mehr rechtzeitig eingefügt wurden, immerhin jederzeit verwendbar sind.[2]) Mit Rücksicht hierauf ist also das praktische Ergebnis folgendes:

Alle die Forderungen des Unternehmers auf Schadenersatz auf Grund Vertragsverletzung gegen den Besteller sind auch nach Einführung des II. Abschnittes des Gesetzes auf die Sicherung angewiesen, die § 648 gibt; ausgenommen ist — beim Vorliegen eines Werkvertrages — der Fall, daß die Verwendung in dem Bau lediglich wegen Annahmeverzug unterblieben ist oder — bei Werklieferungsvertrag — die fertiggestellten Sachen abgeliefert waren. § 26[II]. Da nur erfüllte Verträge die Grundlage von Bauforderungen

[1]) Staudinger, § 648 Anm. 5, § 647 Anm. 3, Repr. I 398.
[2]) Schneider, § 20 Anm. 5.

ſein können, iſt auch der Anſpruch aus §§ 645, 324 B.G.B. nur nach § 648 geſchützt.

Dieſe verſchiedenartige Regelung, welche in der Verwertung des Momentes der Verwendung in den Bau als Begriffsmerkmal der Bauforderung durch das Reichsgeſetz liegt, erklärt ſich aus ſeinem Grundgedanken: Motiv und Vorausſetzung des Schutzes der Baugläubiger iſt die Wertserhöhung des Grundſtückes. Daher wird hier gefordert, daß die Leiſtungen, deren Entgeld geſchützt ſein ſoll, auch wirklich in den Bau verwendet werden.

Auf den gleichen Geſichtspunkt iſt auch die Vorſchrift des § 27 IV, welche Nichtberückſichtigung der Zinſen — gleichfalls im Gegenſatz zu § 648 — vorſchreibt, zurückzuführen.

Hierzu iſt allerdings zu bemerken, daß nach § 1118 B.G.B. das Grundſtück kraft Geſetzes für die geſetzlichen 4% haftet, ſo daß im Ergebnis § 27^{IV} den Baugläubiger nur dann ſchlechter ſtellt wie § 648 B.G.B., wenn höhere Zinſen vertragsmäßig ausgemacht waren.

Was den Leiſtungsgegenſtand der geſchützten Forderung anlangt, ſo beſtimmt § 20, daß nur die in Geld vereinbarte Vergütung Bauforderung ſein kann. § 648 B.G.B. trifft in dieſem Punkte keine ausdrückliche Beſtimmung. Erforderlich dürfte mit Rückſicht auf § 1115 B.G.B. jedenfalls ſein,[1]) daß eine Geldforderung in dem Zeitpunkte vorliegt, in welchem der Gläubiger von dem Rechtsbehelf Gebrauch macht, den Antrag auf Eintragung ſeiner Sicherungshypothek bezw. der Vormerkung ſtellt.

Kein zwingender Grund ſpricht aber dafür, daß ſchon von Anfang an die Forderung eine Geldforderung geweſen iſt. Es iſt daher recht wohl möglich, daß die Vergütung urſprünglich in anderem als Geld beſtand, z. B. ein Tauſchgeſchäft vorlag. Nur die Bedingung iſt zu ſtellen, daß dieſer Anſpruch jederzeit in eine Geldforderung übergehen kann. Davon weicht nun aber auch die in § 20 getroffene Regelung nicht ſoweit ab, als es nach dem Wortlaut der

[1]) Drost, S. 36; Oertmann, § 648 Anm. 5.

Fall zu fein ſcheint, denn es wird auch hier keineswegs verlangt, daß die Forderung ſchon von Anfang an, vom Zeitpunkt des Vertragsſchluſſes ab, auf Geld gerichtet war. Auch hier iſt nur erfordert, daß in dem Zeitpunkte der Anmeldung der Bauforderung — wie dort im Zeitpunkte des Antrages auf Eintragung — die Forderung eine Geldforderung iſt. Es macht daher nichts aus, wenn urſprünglich ein anderes Äquivalent vereinbart war und dieſes erſt nachträglich in Geld umgewandelt wurde, ſoferne dies durch Vereinbarung der Partei, durch einen Vertrag geſchah. Und nur mit dieſem Abmaße liegt dann auch eine Abweichung vom § 648 B.G.B. vor: Hier iſt es unerheblich, ob ſich die Forderung, die von Anfang an auf eine andere als Geldleiſtung ging, durch Vertrag *oder* kraft Geſetzes (bei Schadenerſatzanſprüchen) in eine ſolche umgewandelt hat. Bei § 20 des Geſetzes dagegen iſt die letztere Alternative unmöglich; auf dieſem Wege entſteht keine Bauforderung.

Die Forderungen, von denen hier geſprochen wird, begreifen in jedem Falle die Vergütung nach § 631 B.G.B. in ſich. Dieſe Vergütung iſt entweder vereinbart, ausdrücklich oder ſtillſchweigend, oder eine taxmäßige oder eine übliche. Außerdem noch den Erſatz von Auslagen, welche der Unternehmer machen muß und deren Erfolg er, inſofern er noch nicht in der Vergütung mitinbegriffen iſt, geſondert begehren kann.[1])

Im beſonderen iſt noch auf die Prozeßkoſten einzugehen, zunächſt die Koſten der die Feſtſtellung der Forderung bezweckenden Rechtsverfolgung. Es iſt beſtritten[2]) — das Geſetz ſelbſt gewährt keinen Anhaltspunkt — ob der Hypothekentitel des § 648 B.G.B. auch die Forderung auf Erſtattung der Prozeßkoſten mitumfaßt. Hierfür werden auf der einen Seite Zweckmäßigkeitsgründe geltend gemacht: der gegenteilige Standpunkt verfagt gegenüber ſchikanöſen und geſetzeswidrigen Verhaltens des Bauherrn, der mit allen

[1]) Begr. z. Entw., § 11, S. 2143.

[2]) Drost, S. 35 f. und Literaturnachweise daselbst.

erdenklichen Einwendungen die Bauforderung beſtreitet und dadurch dem Unternehmer Koſten verurſacht.

Auch wird auf § 647 Abſ. II hingewieſen, dies jedoch ſicherlich zu Unrecht, denn mag auch § 648 im allgemeinen im gleichen Sinne aufzufaſſen ſein wie jene Beſtimmung, ſo ſind doch jedenfalls §§ 1257, 1210[II] hier nicht einſchlägig. Weder handelt es ſich um eine geſetzliche Hypothek, noch ſteht eine bewegliche Sache in Frage.

Für die Ablehnung dieſer Anſchauung iſt hier die Erwägung maßgebend, daß einerſeits, wie oben ausgeführt, das Pfandrecht nur für die Forderung gegeben iſt, für welche der Kontrakt die eigentliche Grundlage bildet, anderſeits die Prozeßkoſten nicht aus dem Vertragsverhältnis, ſondern aus prozeſſualer Geltendmachung der Anſprüche aus jenem entſtehen, daher in keinen innern Zuſammenhang mit dieſen zu bringen ſind.[1])

Es kann alſo der Gläubiger die Hypothek nach § 648 B.G.B. nicht auch für den Koſtenbetrag verlangen, der ihm im Prozeß gegen den Gläubiger erwuchs und ihm von dieſem zu erſtatten iſt. In der gleichen Lage befindet ſich der Baugläubiger nach § 20 des Geſetzes. In Anbetracht des hier aufgeſtellten den Begriff der Bauforderung noch weiter einſchränkenden Merkmales der Verwendung in den Bau bedarf dies keiner weiteren Begründung.

Nicht anders dürften die Koſten zu beurteilen ſein, welche die Eintragung der Hypothek verurſacht.[2])

Anders iſt zu den Koſten der Rechtsverfolgung, welche die Befriedigung aus dem Grundſtück bezweckt, Stellung zu nehmen. Hierfür iſt, mag es ſich um die Sicherungshypothek nach § 648 B.G.B. oder § 27 des Geſetzes handeln, § 1118 B.G.B. einſchlägig: Dieſe Koſten ſind durch das Grundſtück gedeckt.

[1]) Staudinger, § 648 Anm. 5, § 467 Anm. 3c, Beſchl. des Kammergerichts v. 30 Januar 1902 in Recht 19 2, S. 101, Beſchl. des O.L.G Poſen v. 5. X. 1900, Rechtspr. Bd. I, S. 398.

[2]) Staudinger, 648 Anm. 5; a. M. Oertmann, S. 5; Beſchl. des bayer. Obersten Landgerichts v. 21. Nov. 1908; bayer. Rpflg. IV 421.

In § 20 des Geſetzes — zweiter Satz des Abſ. 1 — iſt noch eine ausdrückliche Regelung für den Fall getroffen, daß die Baugläubiger den Vertrag nur teilweiſe erfüllt haben. Eine entſprechende Beſtimmung fehlt in § 648; deſſen Satz 2 bezieht ſich nur auf den Zeitpunkt, in welchem der Sicherungsanſpruch geltend gemacht werden kann.

§ 648 ſchützt die Forderungen aus dem Werkvertrag, wie ſie nach den allgemeinen Beſtimmungen des B.G.B. entſtanden ſind. Da ſich auch aus dieſen ergibt, was rechtens iſt im Falle teilweiſer Erfüllung, bedurfte es keiner beſonderen Vorſchrift; in dieſem Falle beſtimmen ſich die Anſprüche des Werkmeiſters darnach, welchen Vertragsteil ein Verſchulden an der Nichterfüllung trifft. Heranzuziehen ſind die §§ 323–326, im beſonderen aber die Beſtimmungen in den §§ 634–636, 642, 645, 649.

Im Gegenſatz hiezu verbietet es ſchon der betonte Grundgedanke des Geſetzes: Sicherung der Forderung inſoweit als die Gegenleiſtung den Wert der Grundſtücke erhöht hat, den Umfang des geſicherten Gläubigeranſpruches auf die Tatſache des Verſchuldens oder Nichtverſchuldens einer der Vertragsparteien abzuſtellen. Sondern es entſpricht dem Syſtem des Geſetzes, lediglich den Wert der tatſächlich erfolgten Leiſtung ins Grundſtück maßgebend ſein zu laſſen. Daher ſchließt ſich das Geſetz an die im B.G.B. für den Fall, daß von keinem Teil die teilweiſe Unmöglichkeit der Erfüllung zu vertreten iſt, getroffene Beſtimmung an.

Nicht zu überſehen iſt, daß dies ſelbſtverſtändlich nur gilt, ſoweit die dingliche Sicherung der Forderung in Frage ſteht; der perſönliche Anſpruch, der aus der Nichterfüllung der Vertragsverpflichtung entſteht, kann ſeinem Umfange nach davon ſehr verſchieden ſein. Hierfür ſind die oben zitierten Normen des B.G.B. maßgebend. Ob § 648 B.G.B. anwendbar wird, ſoweit der perſönliche Anſpruch über den dinglichen hinausgeht, darüber wird in einem beſonderen Kapitel zu ſprechen ſein.

§ 9.

Die dingliche Sicherung im beſonderen.

Von den Intereſſenten war vielfach die Forderung nach einem geſetzlichen Pfandrecht am Baugrundſtück erhoben worden. Der Geſetzgeber hat jedoch ſowohl bei Schaffung des B.G.B. wie bei Erlaſſung des Reichsgeſetzes vom 1. Juni 1909 dieſem weitgehenden Verlangen nicht entſprochen. § 648 B.G.B. ſagt vielmehr: Der Unternehmer . . . . kann die Einräumung einer Sicherungshypothek . . . . verlangen, und in § 11[II] des Geſetzes iſt beſtimmt . . . . erwerben die Baugläubiger den Anſpruch auf Eintragung einer Hypothek.

Demnach iſt daran feſtzuhalten, daß die Hypothek zu Gunſten der Bauhandwerker bezw. Lieferanten nicht ohne weiteres durch Vorgänge, die außerhalb des Grundbuchverkehrs liegen, exiſtent wird, wie das z. B. bei § 647 B.G.B. geſchieht, wo der Unternehmer an der von ihm hergeſtellten beweglichen Sache ohne weiteres ein Pfandrecht hat, ſoferne dieſe in ſeinem Beſitze iſt, ſondern die Hypothek entſteht erſt mit der Eintragung ins Grundbuch; deren konſtitutive Bedeutung iſt ausdrücklich in § 27[II] des Geſetzes feſtgeſtellt.

Im übrigen iſt die rechtliche Geſtaltung im einzelnen, wenn auch das zu Grunde liegende Prinzip dasſelbe iſt, verſchieden. Das deutet ſchon der Wortlaut an. § 648 gibt dem Gläubiger einen Anſpruch auf Einräumung einer Hypothek, verpflichtet alſo den Schuldner zu poſitiven Handlungen. Demzufolge iſt im Falle des § 648 erforderlich, daß der Eigentümer des Grundſtückes — Eigentümer und Kontrahent des Werkvertrages brauchen nicht immer identiſch zu ſein — den dinglichen Vertrag gem. § 873 ſchließt. Aus dem Erfordernis eines Vertrages, der begrifflich zwei verſchiedene Perſonen als Kontrahenten vorausſetzt, folgt die Unmöglichkeit, daß der Eigentümer, der etwa ſelbſt mitarbeitet, für ſeine eigenen Aufwendungen zu ſeinen Gunſten eine Hypothek beſtellt.

Außerdem muß der Eigentümer gem. §§ 19, 29 G.B.O. die Eintragsbewilligung abgeben. Die verſagte Einwilligung wird gegebenenfalls im Klagewege durch ein Urteil im Sinne des § 894 Zivilprozeß-Ordnung erſetzt, dann erſt erfolgt der Eintrag der Sicherungshypothek und damit iſt der dingliche Schutz perfekt.

§ 11 des Geſ. gibt dem Baugläubiger einen Anſpruch auf Eintragung einer Hypothek. Hier hat der Anſpruch nicht ein poſitives Handeln, Bewilligung der Eintragung, ſondern ein Dulden von ſeiten des Eigentümers zum Gegenſtand; eine Handlungspflicht beſteht nur im Rahmen des § 23 des Geſ.[1])

Dem entſpricht es, daß es hier gem. § 27[II] in formeller Beziehung weder eines Antrages an das Grundbuchamt, noch einer Eintragsbewilligung bedarf; beides wird erſetzt durch einen von Amtswegen erfolgenden Akt der Behörde.[2]) Es wird von Amtswegen eine Hypothek eingetragen, die Eintragung erfolgt daher auch nicht etwa im Sinne des § 39 G.B.G. auf Grund Erſuchens des Bauſchöffenamtes; dieſes beſchränkt ſich darauf, die Anmeldung mit der urkundlichen Grundlage zu überſenden.

Es findet aber auch kein dinglicher Vertrag im Sinne des § 873 B.G.B. ſtatt, wenigſtens nicht zwiſchen dem Eigentümer und jedem einzelnen Gläubiger.

Es liegt vielleicht die Konſtruktion nahe, den Abſchluß einer Einigung über die Belaſtung des Grundſtückes in der Zuſtimmung des Eigentümers zur Anmeldung der Bauforderung gem. § 23 im Zuſammenhalt mit dieſer zu erblicken bezw. in der Einigung des Einigungsverfahrens vor dem Bauſchöffenamt gem. § 26. Denn es iſt offenbar, daß beide Willenserklärungen, die Anmeldung der Bauforderungen ſeitens des Gläubigers und die Zuſtimmung hiezu von ſeiten des Eigentümers ſich nicht auf das Schuldverhältnis beziehen, auf das Beſtehen oder Nichtbeſtehen der Forderungen, ſondern lediglich auf die Bauforderung als

[1]) Hagelberg, § 11 Anm. 9e.
[2]) Hagelberg, § 27 Anm. 8.

ſolche, d. h. auf die Eigenſchaft der geltendgemachten Forderung als einer des dinglichen Schutzes teilhaftigen.[1])

Aber die Zuſtimmung des Eigentümers iſt keine Verfügung über das Grundſtück. Dafür ſpricht die ganze Tendenz des Geſetzes, dem Gläubiger einen Schutz zu verſchaffen, der von dem Willen des Eigentümers unabhängig iſt.[2]) Daraus entſpringt die Beſchränkung des Eigentümers hinſichtlich der Möglichkeit, ſein der Bebauung unterliegendes Grundſtück zu belaſten, wenigſtens was die Plazierung der Belaſtungen betrifft; eine Folge der Eintragung des Bauvermerkes bezw. der rechtlichen Konſtruktion derſelben. Der Zuſtimmungserklärung des Eigentümers nach § 23 iſt vielmehr keine andere Bedeutung als die beizulegen, den Eigentümer an der Prüfung der Forderungen hinſichtlich ihrer Natur als Bauforderungen, die dem Bauſchöffenamt und in letzter Linie dem Grundbuchamt obliegt, teilnehmen zu laſſen. Gleichwohl liegt in Wirklichkeit eine Einwilligung des Eigentümers zur Belaſtung des Grundſtückes vor; ſie iſt bei Beginn des Baues ein für allemal hinſichtlich aller Forderungen, die unter das Geſetz fallen, gegeben. Denn die Eintragung des Bauvermerkes, welche die Vorausſetzung der Bauhypothek iſt, iſt, wenn ſie auch formell auf Erſuchen der Baupolizeibehörde erfolgt (§ 16) und nicht die ausdrückliche Einwilligung des Grundſtückeigentümers vorausſetzt, doch materiell von der Einwilligung des Eigentümers in die Ausführung des Baues abhängig gemacht. Das ergibt ſich aus § 18, S. 2, § 19.[3])

Aus dem Geſagten ſind ſchon einige formelle Verſchiedenheiten erſichtlich: § 648 gibt es dem einzelnen Unternehmer anheim, ſelbſt die Maßregeln zu ſeiner Sicherung zu veranlaſſen, im Geſetz wird ein teilweiſe neu geſchaffener Beamtenapparat von Amtswegen in dieſer Richtung tätig. Während dort die Gläubiger gegenüber

[1]) Hagelberg, Anm. 5d, § 23; Jacobi, § 23a[3].
[2]) Hagelberg, § 23 Anm. 5a.
[3]) Siehe hierüber eingehend Hagelberg, § 11 II, 2c.

dem Grundbuchamt Anträge ſtellen, haben ſie hier an das Bauſchöffenamt ſich zu wenden.

Die bisherigen Ausführungen ergeben zuſammengefaßt das Reſultat, daß der Rechtsbehelf, der den Baugläubigern gegeben iſt, hier wie dort in einem geſetzlichen Hypothekentitel beſteht; das beſondere liegt alſo nicht in der Hypothek ſelbſt, ſondern darin, daß der Anſpruch auf Beſtellung dieſer, nicht wie es ſonſt die Regel iſt, in einem Vertrag, ſondern im Geſetze ſelbſt ſeine Grundlage hat.

Zunächſt ſei auf den Zeitpunkt der Entſtehung dieſes Hypothekentitels eingegangen. Maßgebend iſt bei § 648 B.G.B. ein tatſächliches Moment: der Handwerker erlangt den Anſpruch auf Hypothekbeſtellung dann, wenn er ſeinerſeits dem Vertrage gemäß geleiſtet hat. Aber nicht, wie aus dem Satz 2 erhellt, in dem Sinne, daß der Anſpruch erſt nach völliger Fertigſtellung des geſamten nach dem Vertrag ihm obliegenden Werkes erworben wird, und dies dann in vollem Umfange mit einemmal, vielmehr kommt die Verpflichtung des Bauherrn zur Gewährung der Sicherung mit dem Fortſchreiten der Leiſtungen des Werkmeiſters immer für einen dem Werte jener Leiſtung entſprechenden Teilbetrag zur Entſtehung. Keine Bedeutung hat daher in dieſem Zuſammenhang der Zeitpunkt des Vertragsſchluſſes; ebenſowenig iſt auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung abgeſtellt. Da die Forderung, ſoferne nicht beſondere Vereinbarungen vorliegen, gem. § 641 bei der Abnahme erſt fällig wird, ergibt ſich, daß die Verpflichtung des Eigentümers hinſichtlich der Sicherung des Baugläubigeranſpruchs jener der Befriedigung in der Regel vorauseilen wird. Daher ſchließt auch die Vereinbarung einer Stundung die Hypothekbeſtellungspflicht nicht aus.[1])

Nach dem Geſetz wird der Pfandrechtstitel exiſtent mit der Eintragung des Bauvermerkes § 11[II].

Das bedeutet, theoretiſch im Vergleich zur Rechtslage bei § 648 B.G.B. eine Beſſerſtellung der Baugläubiger:

[1]) Oertmann, § 648 Anm. 5; Plank, § 648 Anm. 2[b]; Staudinger, § 648, Anm. II[6].

denn die Eintragung des Bauvermerkes hat lediglich zur Voraussetzung,[1]) daß der Eigentümer bei der Baupolizeibehörde den Antrag auf Erteilung der Bauerlaubnis gestellt und diese das Gesuch um Eintragung an das Grundbuchamt gerichtet hat; § 16[I]. Nicht erforderlich ist hingegen, daß überhaupt schon Verträge abgeschlossen sind, noch weit weniger, daß der Unternehmer schon tätig geworden ist. Es wird hier also der Gläubiger mit der Forderung aus dem Vertrag regelmäßig auch sofort den Anspruch auf dingliche Sicherung erwerben. Allerdings ist die Forderung, auf die sich der Anspruch bezieht, ihrem Betrage nach noch unbestimmt. Bei § 648 ist, wie sich besonders aus der ausdrücklichen Vorschrift des Satz 2 ergibt, dagegen der Anspruch von Anfang an für eine festbestimmte Summe gegeben. In der Praxis wird aber jener Unterschied sich kaum bemerkbar machen, denn der Gläubiger kann bei § 648 von der Vormerkung gem. § 883 B.G.B. Gebrauch machen. Da diese zur Sicherung auch eines künftigen Anspruches zulässig ist, kann durch Erwerbung einer solchen schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der künftige Anspruch wenigstens im Rang sicher gestellt sein.

Was die Realisierung des Pfandrechtstitels anlangt, so ist sie nach dem Gesetze eine zeitlich spätere. (§ 22[III], 27[II].)

Es bedarf wohl keines besonderen Hinweises, daß zwischen den beiden den Baugläubigern zustehenden Ansprüchen, dem auf Vergütung und demjenigen auf Bestellung einer Hypothek für jene nach beiden Gesetzesquellen ein Unterschied zu machen ist. Der eine beruht auf Vertrag, der andere ist gegeben unmittelbar kraft Gesetzes, ist daher nicht etwa als eine Nebenverpflichtung aufzufassen, die für den Besteller aus dem Werkvertrag entspringt; beide haben daher verschiedene rechtliche Schicksale, so daß die Forderung auf die vereinbarte Vergütung zu Recht bestehen, die Forderung auf Einräumung einer Hypothek aus irgend einem Grunde gleichwohl unbegründet sein kann.[2])

[1]) Hagelberg, § 11 Anm. 2a.

[2]) Eine eingehende Darstellung dieses Verhältnisses zwischen

Beide Anſprüche ſtehen jedoch immerhin in einem nahen Zuſammenhang ähnlich wie die Hypothek und Forderung, denn jener auf Sicherung iſt akzeſſoriſcher Natur; er hat das Beſtehen einer Forderung zur Vorausſetzung und kann von dieſer nicht getrennt werden.

Wohl aber kann er entſprechend ſeinem akzeſſoriſchen Charakter mit der Bauforderung übertragen werden; daß er nicht ein höchſtperſönliches Recht iſt, eine Befugnis, die mit der Perſon des Unternehmers verknüpft iſt, iſt unbeſtritten.[1])

Das iſt auch mit Notwendigkeit aus der Erwägung zu folgern, daß der wirtſchaftliche Schutz der Beteiligten, der doch Ziel des Geſetzgebers war, nur unvollkommen erreicht würde, wenn jenem die wirtſchaftliche Verwertung durch Abtretung an Dritte, die auf der Stelle zahlen können, unmöglich gemacht wäre.

Streit beſtand bei der Anwendung des § 648 auch nur darüber, ob mit der Abtretung des Anſpruches aus dem Vertrag der Sicherungsanſpruch ohne weiteres übergeht oder ob es hiezu einer beſonderen Abrede bedarf.[2])

Als herrſchende Anſicht darf die, welche jene Frage im Sinne der erſten Alternative beantwortet, betrachtet werden. Ihrer Begründung: das Recht aus § 648 iſt ein einem Pfandrecht ähnliches Nebenrecht der Forderung aus dem Vertrag, § 401 iſt nicht eine erſchöpfende Aufzählung der kraft Geſetz mitübergehenden Nebenrechte, ſondern erwähnt nur die hauptſächlichſten, daher iſt die Anwendung dieſer Vorſchrift auf andere im Wege der Analogie zuläſſig, iſt zuzuſtimmen.

Dementſprechend ſteht auch die Literatur zu § 11 aus-

Sicherungsanspruch und der Bauforderung, insbesondere auch über das Verhältnis der Urteile bei Streitigkeiten hierüber ist in der mehrfach erwähnten Dissertation von Drost auf Seite 48 f. zu finden.

[1]) Seufferts Archiv, Bd. 57 [135]; Franke im Recht 1902, S. 260; Fischer-Henle zu § 648.

[2]) Oertmann, § 901 Anm. 1, § 698 Anm. 4[6]; Plank, § 401 Anm. 1; Dernburg, § 138 Anm. 7; Scherer, IV 1012; ferner Rechtsprechung Bd. 6, S. 84, Bd. 12, S. 82. Bl. f. R.-A. Bd. 67, S. 118; anderseits Rechtspr., Bd. 4, S. 46, Seufferts Archiv Bd. 57, S. 135.

nahmslos auf dem Standpunkt, daß der Übergang des Sicherungsanſpruches bei der Zeſſion der Bauforderung kraft Geſetz erfolgt.[1])

Wie bei der Singularſucceſſion tritt auch im Falle der Erbfolge der Erbe in die Rechte aus § 648 B.G.B. bezw. § 11 des Geſ. ein.

Vorausſetzung für den Übergang iſt jedoch immer, daß der Anſpruch ſchon erworben war. Was ja mit dem Erwerb der Forderung aus dem Vertrag nicht, wie oben ausgeführt iſt, immer zuſammentrifft.

War daher im Augenblick der Zeſſion noch nicht das Werk ganz oder zu einem Teil vollendet, bezw. der Bauvermerk noch nicht eingetragen, ſo ſteht dem Zeſſionar lediglich die perſönliche Forderung zu. (Schneider, § 11, Anm. 4). Das Acceſſorium der Forderung konnte nicht übergehen, weil noch nicht entſtanden. Und in der Perſon des Zeſſionars, da dieſer nicht Baugläubiger iſt, kann es auch, wenn die Vorausſetzungen ſpäter vorliegen, nicht zur Entſtehung gelangen.

Zu erörtern iſt fernerhin, da von praktiſcher Bedeutung, der Unterſchied zwiſchen beiden Pfandrechtstiteln hinſichtlich der Perſon des Anſpruchgegners. Nach § 648 B.G.B. kann der Unternehmer die Sicherungshypothek an dem Baugrundſtück des Beſtellers verlangen. Daraus folgt, daß dieſer Anſpruch nur beſteht, wenn der Beſteller in dem Zeitpunkt Eigentümer des Grundſtückes iſt, in dem der Werkmeiſter ſeine Sicherungsanſprüche geltend macht.

Es liegt auf der Hand, daß mit dieſer Regelung unlauteren Schiebungen Tür und Tor geöffnet iſt. Derjenige, der den Bau begann und die Verträge ſchloß, läßt das Grundſtück an einen Dritten auf, ehe der Handwerker den Sicherungsanſpruch geltend macht, bezw. geltend machen kann und der ganze Rechtsbehelf, den das B.G.B. bietet, verſagt. Verſagt auch dann noch, wenn ſchon die Klage erhoben iſt, gerichtet auf Einwilligung des widerſtrebenden Eigentümers zur Eintragung und nunmehr erſt die Veränderung

[1]) Hagelberg, § 11 Anm. 9c; Schneider, § 11 Anm. 4.

erfolgt. Denn für das Urteil ist der Rechtszustand nicht im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, sondern der Urteilsfällung maßgebend.

Bei dem Gesetz fällt dieses Erfordernis des § 648, wonach Besteller und Eigentümer des Baugrundstückes im Zeitpunkte des Eintragungsantrages identisch sein müssen, weg. Hier ist der Eigentümer schlechthin der Verpflichtete, auch wenn er das Eigentum erst nach Beginn des Baues erworben hatte und an dem Vertrag nirgendwie beteiligt war.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß auch schon bisher durch das Mittel der Vormerkung § 883 B.G.B., das wie erwähnt, weil auch für künftige Ansprüche bestehend, mit dem Abschluß des Werkvertrages zur Verfügung stand, § 648 in gewissem Sinn ergänzt wurde.

Denn, wenn der Besteller sein Grundstück, das mit einer Vormerkung belastet war, auch abstieß, so konnte nach § 888 B.G.B. der Erwerber gezwungen werden, die zur Entstehung der Hypothek erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Demnach beschränkt sich im Effekt der Unterschied zwischen beiden Gesetzen darauf, daß nach § 11^{II} der Sicherungsanspruch kraft Gesetzes ohne weiteres einen absoluten Charakter hat, d. h. gegen jeden Dritten wirkt, während der Anspruch nach § 648 an sich nur Wirksamkeit unter den Parteien hat, jedoch durch einen besonderen Rechtsakt, Eintrag einer Vormerkung, dingliche Wirkung erhalten kann.

In der Praxis ist aber damit zu rechnen, daß diese Möglichkeit, die das bürgerliche Gesetzbuch bietet, in vielen Fällen aus Gründen mancherlei Art nicht ausgenützt wird. Daher gewährleistet das Bauforderungssicherungsgesetz einen brauchbareren Schutz.

Die prozessualen Schritte, welche die Gläubiger zur Realisierung ihrer Ansprüche zu ergreifen haben, sind eingangs dieses Abschnittes schon im Zusammenhang erwähnt; es erübrigt noch, auf den Fall einzugehen, der eine zwangsweise Durchsetzung gegenüber dem Eigentümer erforderlich macht.

Bei der Sicherungshypothek nach § 648 ist, wenn der Eigentümer die Einwilligung in die Belastung des Grundstückes gegenüber dem Gläubiger nicht abgibt und die Zustimmung zur Eintragung gegenüber dem Grundbuchamt verweigert, Klage gegen ihn auf Abgabe dieser Erklärung zu richten; durch das obsiegende Urteil wird dann sowohl die materielle Erklärung nach § 873 B.G.B. wie die formelle Einwilligung in die Änderung des Grundbuches gem. § 29 G.B.A. ersetzt. Die Klage ist zu erheben, gleichviel ob der Anspruch durch Vormerkung gesichert war oder nicht.

Eine gerichtliche Klage kommt nach dem Gesetz vom 20. Juni 1909 für die Geltendmachung des Anspruchs auf die Hypothek nicht in Betracht. Von dem Ausnahmefall, daß die Löschung des Bauvormerkes materiell zu Unrecht erfolgt, und der dann gegebenen Berichtigungsklage,[1]) kann hier abgesehen werden.

Denn, gibt der Eigentümer die Zustimmungserklärung zur Anmeldung der Forderung — und darauf beschränkt sich seine Mitwirkung — freiwillig nicht ab, so hat der Gläubiger nach dem Gesetze die Möglichkeit, durch eine einstweilige Verfügung die Anmeldung für zulässig erklären zu lassen.

Nach den näheren Voraussetzungen, die der § 23 Abs. 2 enthält, hat also bei Geltung des Bauforderungsgesetzes der Gläubiger bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk die Baustelle gelegen ist, eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Für den Fall, daß das Grundbuchamt, dem die endgültige Entscheidung darüber zukommt, ob für die einzelne Forderung die Bauhypothek einzutragen ist, die Eintragung ablehnt, kann der Gläubiger gem. § 71 G.B.O. Beschwerde ergreifen.[2])

Für den nicht selten eintretenden Konkurs über das Vermögen des Bauherrn während des Baues gilt nach beiden Rechtsquellen folgendes:

[1]) Hagelberg, § 27 Anm. 5 a. M.; Schneider, § 27 Anm. 2, 3 II.
[2]) Hagelberg, § 11 Anm. 9g.

Beurteilt ſich die Sachlage nach dem Geſetz, ſo hat die Eröffnung des Konkurſes keinerlei Einfluß auf den Anſpruch des Baugläubigers, ihm auch während des ſchwebenden Verfahrens eine Sicherungshypothek einzuräumen. Denn nach § 11[II] des Geſ. hat der Bauvermerk die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anſpruches; gem. § 24 K.O. kann Befriedigung dieſes durch Vormerkung geſicherten Anſpruches verlangt werden.

Die gleiche günſtige Poſition hat der Baugläubiger, wenn § 648 zur Anwendung zu kommen hat, nur unter der beſonderen Vorausſetzung, daß er rechtzeitig Schritte getan hat, um eine Vormerkung zur Eintragung zu bringen. Dann gilt die gleiche Begründung unter Hinweis auf § 24 Konkursordnung; hat er dann aber, was vielleicht öfter zutreffen wird, verſäumt, eine Vormerkung in das Grundbuch eintragen zu laſſen, ſo hat er im Konkurs kein dingliches Recht am Grundſtück §§ 14, 15 K.O.[1]) Iſt die Hypothek zwar noch vor Konkurseröffnung aber ſchon nach Zahlungseinſtellung oder dem Antrag auf Eröffnung beſtellt worden, ſo unterliegt ſie der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Konkurs-Ordnung. Offenſichtlich iſt alſo, daß der Rechtsbehelf, den § 648 B.G.B. bietet, gerade da verſagt, wo er am dringendſten benötigt wird; die Form, in welcher das Sicherungsgeſetz zu Gunſten der Gläubiger eingreift, bedeutet demgegenüber einen erheblichen Fortſchritt.

Anders iſt naturgemäß die Sachlage, wenn ein ſchon zur Konkursmaſſe gehörendes Grundſtück bebaut werden ſoll, alſo nach Eröffnung des Konkurſes. Hier kann unbedenklich der Bauvermerk eingetragen werden, wie auch eine Vormerkung; denn die Gläubiger waren ja im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht vorhanden, ſie ſind alſo nicht Konkursgläubiger im Sinne des § 14[II] Konkurs-Ordnung.

Im Falle der Zwangsverſteigerung gilt das gleiche. Die Möglichkeit bedarf keiner beſonderen Erwähnung, daß die Hypothek ſchon vor der erfolgten Beſchlagnahme einge-

[1]) Siehe auch R.-G. in der Entſch. vom 3. November 1905, mitgeteilt bei Scherer das VI. Jahr des B.G.B. 1906, S. 189 Nr. 1010.

tragen ist. Denn dann hat der Gläubiger sowohl nach § 648 wie nach dem Gesetz die Rechte, die der Hypothekgläubiger eben hat: Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück gem. § 10 Z. 4 Zwangsversteigerungsgesetz.

Aber auch wenn schon vorher das Grundstück zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt wurde, wird nach dem Gesetze der Anspruch des Baugläubigers auf dingliche Sicherung, bezw. Befriedigung aus dem Grundstück nicht alteriert. Durch die Eröffnung des Verfahrens verliert er nichts gegenüber seiner sonstigen Stellung; das ist ausdrücklich bestimmt in § 37 des Gesetzes. Bei § 648 B.G.B. trifft dies, wie im Falle des Konkurses nicht ohne weiteres, sondern nur dann zu, wenn eine Vormerkung § 48 Zw.-Ges. erfolgte. Ist dieses nicht geschehen, so steht der Handwerker den übrigen persönlichen Gläubigern gleich, er kommt erst hinter sämtlichen Realgläubigern zum Zug, was in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit dem Ausfall seiner Forderung gleichbedeutend sein wird. Daß der Bauhandwerker selbst der betreibende Gläubiger ist, wird kaum vorkommen, angesichts seiner regelmäßig geringen Kapitalkraft.

Gleiches gilt, was das Verhältnis der beiden Gesetze zu einander anlangt, auch bei der Zwangsverwaltung. (§§ 146, 148^{I} des Gesetzes über die Zwangversteigerung und der Zwangsverwaltung).

In diesem Zusammenhang ist noch eine weitere Neuerung zu erwähnen, die das Gesetz auf prozessualem Gebiete gegenüber § 648 zu Gunsten der Baugläubiger bringt. Die Handwerker würden in vielen Fällen, in denen eine Subhastation des Baugrundstückes stattfindet, Verluste nicht erleiden, wenn sie das Grundstück selbst erstehen würden. Weil es ihnen in der Regel an den erforderlichen Barmitteln fehlt, können sie diese Chance nicht ausnützen. Vor allem kommt hier die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gem. § 67 Zwangsverst.-Ges. zur Geltung; dazu sind sie in den meisten Fällen nicht im Stande.

Nach $\S\ 37^{II}$ des Ges. ist die Vorschrift des $\S\ 67^{II}$ des

Z.V.G. außer Kraft gesetzt: Der bietende Baugläubiger, und nur dieser, ist immer von der Sicherheitsleistung befreit, ohne daß es auf den betreibenden Gläubiger wie nach § 67[II] l. c. anzukommen hat; hingegen ist bei Geltung des § 648 B.G.B. diese Befreiung auf Verlangen des betreibenden Gläubigers ausgeschlossen.[1])

Von Interesse ist endlich hinsichtlich des Hypothekentitels noch die Frage, ob eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung der Beteiligten zulässig ist oder nicht.

Unbestritten ist, daß der Anspruch nach § 648 B.G.B. seinem Inhalt nach durch Vertrag abgeändert oder ganz fallen gelassen werden kann. Ebenso zweifelsfrei steht das Gegenteil fest für das Bauforderungssicherungsgesetz. § 62 erklärt ausdrücklich die Vorschriften desselben als jus cogens; es kann auf seine Rechtsvorteile — unter einer zeitlichen Beschränkung allerdings — mit Wirksamkeit nicht verzichtet werden.

Diese Bestimmung, sollte die Absicht des Gesetzes erreicht werden, war unbedingt notwendig. Angesichts der wirtschaftlich schwächeren Position der hier in Frage kommenden Gläubiger — die kaufmännischen Lieferanten scheiden hier aus — durfte man die Durchführung des Gesetzes im einzelnen Fall nicht von dem Willen der Beteiligten abhängig sein lassen. Denn dann wird in der Praxis meist derjenige, welcher Arbeit vergibt, dem um Arbeit Nachsuchenden die Bedingungen des Geschäftes diktieren. Es genügt nicht, daß das Gesetz lediglich die rechtliche Möglichkeit eines Schutzes den Interessenten gewährt, da oft geschäftliche und persönliche Verhältnisse es nicht zu einer Verwirklichung dieser Möglichkeit kommen lassen.

§ 648 B.G.B. verfolgte nun allerdings mit seinem Charakter als jus dispotiosum die gleiche Tendenz einer möglichst weitgehenden Förderung des Handwerks. Indem es nur ein Mindestmaß von Befugnissen gewährte, sollte die Möglichkeit zu weitgehendsten Vereinbarungen im Wege freien Übereinkommens offen bleiben. Es steht fest, daß

[1]) Schneider, § 37, Anm. auf S. 169.

nur ſehr ausnahmsweiſe dieſes Ziel erreicht wird, aus den vorhin angedeuteten Gründen.

Zu überſehen iſt dabei aber nicht, daß das Geſetz nur die Verhältniſſe regeln kann, welche ſich auf die Bauforderung als ſolche beziehen. Die zu Grunde liegende perſönliche Forderung wird nicht berührt.

Nach dieſen Erörterungen über den Pfandrechtstitel haben wir uns im folgenden mit dem Pfandrecht ſelbſt zu befaſſen.

Vorweg ſei feſtgeſtellt, daß hier die grundlegende Verſchiedenheit zwiſchen der Regelung unſerer Materie im B.G.B. und anderſeits im Geſetz zu Tage tritt.

Dort wird ein einfaches Pfandrecht gewährt, das ſeiner rechtlichen Natur nach den allgemeinen Vorſchriften des materiellen wie formellen Immobiliarrechtes entſpricht, insbeſondere gegenüber etwa beſtehenden anderen Rechten am Grundſtück keine Sonderſtellung einnimmt, während hier die Hypothek gegenüber anderen Belaſtungen bevorzugt iſt. Darauf beruht in letzter Linie die Beſſerſtellung der Gläubiger gegenüber dem § 648.

Der Rang der Hypothek nach dieſer Vorſchrift bemißt ſich nach dem Zeitpunkt ihrer Eintragung. Der Anſpruch auf Eintragung entſteht jedoch wie oben erwähnt, erſt nach gänzlicher bezw. teilweiſer Ausführung des Werkes; daraus ergibt ſich, daß die Hypothek des Handwerkers in der Regel, aber immer dann, wenn eine Sicherung überhaupt notwendig erſcheint, im Grundbuche ſchon Belaſtungen vorfindet, die ſie an einen ſpäteren Platz verweiſen, und zwar Belaſtungen, die ſchon den Wert des Pfandobjektes erſchöpfen.

Die erſten beiden Stellen wird stets eine Reſtkaufgeld- und Bauhypothek, die letztere meiſt vor erſterer einnehmen. Denn bei einem Bau werden nicht bloß vor Beginn ſeiner Ausführung, ſondern auch ſchon vor Abſchluß der einzelnen Verträge mit den Handwerken zuerſt jene Geldgeſchäfte in Ordnung gebracht. Daher hat auch eine Vormerkung

gem. § 883 B.G.B., die mit dem Abſchluß des Werkvertrages dem Unternehmer zu Gebote ſteht, wenig Bedeutung. Auch ſie kann entſprechend dem Gange der Geſchäfte immer erſt eingetragen werden, wenn jene große Poſten ſchon vorhanden ſind.

Im beſten Falle alſo, wenn eine Vormerkung zeitig erwirkt iſt, hat der Inhaber der Hypothek einen Vorrang nur gegenüber jenen Anſprüchen gegen ſeinen Schuldner, welche nach Inangriffnahme des Baues kontrahiert und am Grundſtück geſichert wurden. Hierin liegt aber nicht die Gefahr, gegen welche der Handwerker geſchützt werden ſoll; denn erfahrungsgemäß ſind einzig und allein die Hypotheken des Terrainverkäufers und des Bargeldgebers ev. gem. § 1163 B.G.B. an ihre Stelle tretende Eigentümergrundſchuld, die mittlerweile an dritte, die nichts zur Werterhöhung des Grundſtückes beigetragen haben, zediert ſein kann, die Urſache der Einbußen, wenn das Grundſtück zur Subhaſtation kommt.

Demnach iſt das Mittel, das § 648 bietet, in den Fällen, in welchen Handwerker überhaupt mit ihrem Guthaben Gefahr laufen, vollkommen ungeeignet, ihnen zur Befriedigung zu verhelfen. Die Sicherheit beſteht nur in der Theorie, in der Praxis iſt ſie eher eine Gefahr, inſoferne manche Geſchäftsleute, hierauf vertrauend, andere Möglichkeiten, zu ihrem Gelde zu kommen, verſäumen.

Sollte den Handwerkern, ſoweit dies überhaupt auf dem Wege der Sicherung ihrer Anſprüche geſchehen ſollte, geholfen werden, ſo mußte der Geſetzgeber in dieſem Punkte eingreifen und dafür ſorgen, daß ihnen ein beſſerer Platz in der Reihe der Gläubiger zu teil wurde.

Daraus aber, daß auch den Intereſſen der übrigen, die ebenfalls Berechtigte ſind, nicht nahe getreten werden durfte, ergab ſich die Schwierigkeit des Problems. Die Erwägung, daß auf die Tätigkeit der Handwerker und Lieferanten die Wertſteigerung zurückzuführen iſt, die das Grundſtück mit ſeiner Bebauung erfährt, läßt es gerechtfertigt erſcheinen, wenigſtens den Betrag dieſer Wert-

ſteigerung auch in vollem Umfang für die Sicherung und Befriedigung der Anſprüche zu reſervieren, welche die Vergütung für die geleiſtete Arbeit darſtellt, ohne Rückſicht auf Rechte, die zeitlich früher beſtanden.

Entgegen der weitgehenden Forderung, die auf ein abſolutes Vorzugsrecht abzielte, mit anderen Worten Befriedigung aus dem vollen Werte des Grundſtückes vor allen anderen daran Berechtigten verlangte, gewährt alſo das Geſetz ein relatives Vorzugsrecht, beſchränkt hinſichtlich des Befriedigungsobjektes.

So einfach und naheliegend die Löſung dieſer Frage im Prinzip erſcheinen mag, um ſo mehr Schwierigkeiten bereitete es, den Weg zu finden, auf welchem dieſes Prinzip zur Ausführung gebracht werden könnte.

Denn wie ſchon ſeinerzeit bei der Schaffung des § 648 im bürgerlichen Geſetzbuch, ſo ſtand auch jetzt bei den geſetzgebenden Faktoren feſt, daß das zu ſchaffende Geſetz im Einklang mit den Hauptgrundſätzen des Immobiliarrechtes ſtehen müſſe, die oben ſchon wiederholt zum Ausdruck gebracht wurden. Es liegt jedoch im Begriffe eines privilegierten dinglichen Rechtes, daß es Wirkſamkeit unabhängig von jenen formellen Vorausſetzungen erheiſcht.

Das Beſtreben, das Spezialgeſetz mit den allgemeinen Grundſätzen unſeres modernen Rechtes in Einklang zu bringen, führte zu einer Kompliziertheit in der Ausgeſtaltung der einzelnen Vorſchriften, welche ihre Anwendung ſowohl für die Behörden wie für Intereſſenten nicht ganz unſchwierig machen wird im Gegenſatz zu jenen im bürgerlichen Geſetzbuch, welche klar und einfach ſind.

Das Geſetz führt, um jenes Ziel zu erreichen, zunächſt den Begriff des Bauvermerkes ein und legt ihm, von ſeiner früher behandelten konſtitutiven Wirkung abgeſehen, die Bedeutung einer Vormerkung nach § 883 B.G.B. bei, ſo daß kraft des Geſetzes, ohne daß es eines Zutuns der Gläubiger bedarf, den ſpäter zur Entſtehung gelangenden Forderungen ein Rang an guter Stelle — der Bauvermerk wird vor Beginn des Baues eingetragen — offen gehalten wird.

Aber damit allein würde die Hypothek nur gegenüber jenen Forderungen privilegiert sein, welche erst nach Beginn des Baues, aber noch vor Fälligkeit der Bauforderung durch Eintragung dingliche Sicherheit erhalten, ein Erfolg, der, wie erwähnt, auch mit § 648 und § 883 des B.G.B. schon bisher erreicht werden konnte.

Die Restkauf- und Baugeldhypothek würde nach wie vor die Bauhypothek wirtschaftlich wertlos machen.

Daher zieht das Gesetz vom 1. Juni 1909, um auch dagegen durchzugreifen, einmal die Mitwirkung von Verwaltungsbehörden heran, zum andern führt es den Begriff der Differenzkaution ein: die Baupolizeibehörde läßt überhaupt nur in den Fällen bauen, in denen die Prüfung des Grundbuches ergeben hat, daß bei Insolvenz des Unternehmers in dem Baugrundstück Befriedigung gefunden werden kann; es müßte denn sein, daß, falls die Belastungen mehr ausmachen als der mit $^3/_4$ seines Wertes in Rechnung gestellte Baustellenwert, in Höhe des Überschusses der Passiven Sicherheit — Differenzkaution — erlegt wird.

Eine Darstellung dieser Regelung im einzelnen gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Hervorzuheben ist lediglich, daß das Gesetz im Verhältnis zu § 648 des B.G.B. weiter geht in der Schaffung neuer Rechtsbegriffe sowohl wie noch mehr in der Heranziehung öffentlicher Verwaltungsbehörden zur Lösung einer Aufgabe, die auf privatrechtlichem Gebiete liegt und damit den Erfolg erzielt, daß bei einem Bau auf Kredit der Forderung der Lieferanten und Unternehmer nur die Beträge der voreingetragenen Belastungen, welche innerhalb des festgesetzten Baustellenwertes liegen, vorgehen. Vorgehen können außerdem noch diejenigen Quoten der Baugeldhypothek, welche tatsächlich zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet worden sind. § 34. Davon abgesehen kommt bei der Zwangsversteigerung die Bauhypothek zuerst zur Deckung.

Zu erwähnen ist noch, daß wir es in beiden Fällen mit Sicherungshypotheken zu tun haben (§ 27^{II} d. Ges.). Ein

Hypothekenbrief wird daher nicht erteilt. § 1185 B.G.B. Das Recht der Gläubiger beſtimmt ſich alſo gemäß § 1184 des B.G.B. ausſchließlich nach der Forderung. Der Gläubiger kann ſich nicht auf die Eintragung als Beweismittel für deren Exiſtenz berufen. In beiden Fällen iſt daher die Hypothek nicht für den Rechtsverkehr geeignet; denn der Zeſſionar hat nicht ohne weiteres Gewißheit über die Exiſtenz des zu erwerbenden Rechtes. Es iſt klar, daß damit den Intereſſenten, beſonders den kleinen Geſchäfttsleuten, wenig gedient iſt. Denn die Möglichkeit, ſich bei dringendem Geldbedarf durch Veräußerung ſchnell Befriedigung zu verſchaffen, iſt ihnen damit erſchwert.

Nach ausdrücklicher Vorſchrift, § 27 I, bedarf es im Grundbuch nicht der Bezeichnung der Bauhypothek als Sicherungshypothek. Denn ſie hat dieſen Charakter kraft des Geſetzes. Die Bezeichnung iſt daher als überflüſſig zu vermeiden. Dagegen iſt nach § 648 die Hypothek des Werkmeiſters als Sicherungshypothek einzutragen. Welche Folgen ein Verſehen des Grundbuchbeamten in dieſem Punkte hat, iſt beſtritten.[1]) Man wird ſich der Anſicht anſchließen, daß überhaupt kein Hypothekenrecht entſteht in dieſem Falle. Denn eine Verkehrshypothek liegt mangels Einigung nicht vor, eine Sicherungshypothek nicht mangels Eintragung. Bei dem Geſetz entfällt dieſe Streitfrage. —

§ 10.

Verhältnis der Baugläubiger zueinander.

§ 648 des B.G.B. läßt eine nähere Regelung des Rechtverhältniſſes, in dem die einzelnen Baugläubiger zu einander ſtehen, vermiſſen. Im Gegenſatz hiezu trifft das Geſetz in dieſem Punkt eingehende Beſtimmungen.

Nach jener Vorſchrift wird das Grundbuch gegebenenfalls für die verſchiedenen Gläubiger verſchiedene ſelbſtändige Hypotheken aufweiſen. Nach der Ausdrucksweiſe

[1]) Drost, S. 46 und die hier angeführte Literatur.

des Geſetzes dagegen (vergl. §§ 27 II, III, 29, 32 u. a.) gibt es hier nun eine einzige Hypothek für ſämtliche Baugläubiger im Geſamtbetrag aller angemeldeten Forderungen, die Bauhypothek.

Gleichwohl beſteht jedoch materiell nicht eine Hypothek, die etwa einer Mehrheit von Gläubigern gemeinſam nach Bruchteilen zuſteht, was immerhin begrifflich möglich wäre. Vielmehr iſt die Bauhypothek im Sinne des Geſetzes zu verſtehen als Sammelname für eine Mehrheit von ſelbſtändigen, jedem der verſchiedenen Gläubiger für ſeine beſondere Forderung ausſchließlich zuſtehenden Einzelnhypotheken, ſo daß im Grunde die gleiche Rechtslage beſteht wie bei § 648 des B.G.B.[1])

Eine Rechtsgemeinſchaft an der Bauhypothek ſeitens der Baugläubiger iſt nach der Definition der Hypothek im § 1113 im B.G.B. rechtlich nicht konſtruierbar, denn hienach kann eine Belaſtung nur erfolgen zur Befriedigung eines Gläubigers wegen einer ihm zuſtehenden Forderung. Im vorliegenden Falle liegt aber der Bauhypothek nicht eine Forderung zu Grunde, an welcher eine Mehrzahl von Gläubigern berechtigt iſt, ſondern eine Mehrheit von Anſprüchen, die einer Mehrheit von Gläubigern zuſtehen. Daraus ergibt ſich mit Notwendigkeit, die Bauhypothek, die für den Geſamtbetrag einer Forderung eingetragen wird, als eine formelle Zuſammenfaſſung von rechtlich ſelbſtändigen Einzelnhypotheken zu verſtehen. Damit ſteht im Einklang § 27 Abſ. 3, wonach bei der Eintragung außer dem Geſamtbetrag die den einzelnen Baugläubigern zuſtehenden Teilbeträge anzugeben ſind.

Wie die einzelnen Sicherungshypotheken nach § 648 des B.G.B. haben daher auch die aus dem Grundbuch erſichtlichen Teilbeträge der Bauhypothek ihr beſonderes rechtliches Schickſal und unterliegen jeder für ſich der freien Verfügung ihres Inhabers, ſowohl hinſichtlich Fälligkeit, die verſchieden gemäß der zu Grunde liegenden Forderung eintritt, wie anderſeits hinſichtlich Abtretbarkeit und Pfän-

[1]) Jacobi, § 27 Anm. 5.

dung. Und zwar vollzieht ſich die Abtretung einer Teilhypothek nach den Vorſchriften der §§ 1153 und 1154 des B.G.B., § 29 der Grundbuch-Ordnung. Die Hypothek kann nur mit der Forderung und in der für Übertragung von Hypotheken überhaupt geltenden Form, Einigung und Eintragung, alſo wie bei § 648, abgetreten werden.

Während aber der Rang der Sicherungs-Hypotheken gemäß § 648 des B.G.B. differiert, je nach dem maßgebenden Zeitpunkt der Eintragung, haben die einzelnen Poſten, aus denen die Bauhypothek ſich zuſammen ſetzt, nach ausdrücklicher Vorſchrift, § 29, gleichen Rang; von der erſt durch die Reichstagskommiſſion eingeführten Ausnahme zugunſten der Lohnrückſtände der Bauarbeiter, kann wegen der geringen praktiſchen Bedeutung — Lohnrückſtände werden bei der geltenden Übung der wöchentlichen Lohnzahlung nur ſelten einzutragen ſein — abgeſehen werden.

Hierin liegt ein Fortſchritt im Sinne der Billigkeit; denn bei § 648 hängt die Zeit der Eintragung nicht immer von der größeren oder geringeren Sorgſamkeit des Handwerkers ab, ſondern richtet ſich in letzter Linie nach der Natur der geleiſteten Arbeiten; denn die Ausbauhandwerker, wie Dachdecker, Inſtallateure, Tapezierer u. ſ. w. kommen natürlicherweiſe ſpäter dazu, die Eintragung ihrer Hypothek zu erwirken, als jene Handwerker, welche mit dem Rohbau beſchäftigt und deren Arbeiten zuerſt beendet ſind.

Nach dem Geſetz iſt die Wahrſcheinlichkeit ihrer Befriedigung nicht mehr von dieſen zufälligen Umſtänden abhängig, ſondern gleiche Rechte — alle haben zur Schaffung der Werterhöhung des Baugrundſtückes in gleicher Weiſe mitgewirkt — werden gleichmäßig befriedigt, wenigſtens im Falle einer Subhaſtation.

Im Falle der außergerichtlichen Regulierung der Bauverbindlichkeiten iſt allerdings nach wie vor in der Hauptſache wenigſtens der wünſchenswerte Rechtszuſtand einer anteilmäßigen Verwendung der Baugelder nicht erreicht. Bei Begleichung ſeiner Verbind-

lichkeiten hat der Bauherr freie Hand, welchen ſeiner Gläubiger und zu welchem Betrage er befriedigen will; reichen die Baugelder und ſeine ſonſtigen Mittel nicht zur Tilgung ſeiner Geſamtſchuld hin, ſo kann er nach Belieben den einen Gläubiger ganz befriedigen, den andern ganz leer ausgehen laſſen.

Die Vorſchläge, welche in dieſem Punkte auf eine Ergänzung des § 648 des B.G.B. in dem Sinne, daß die Baugelder zur verhältnismäßigen Tilgung der Bauſchulden zu verwenden ſind, abzielten, haben in dem Geſetze nur einen ſchwachen Ausdruck in dem auf Veranlaſſung der Reichstagskommiſſion, welche damit Sätze des Entwurfes 1901 wieder aufnahm, eingefügten Abſ. 3 des § 34 gefunden.

Nach dieſer Beſtimmung im Zuſammenhalte mit § 41 ff. des Geſetzes weicht das Geſetz von § 648 nur inſoweit ab, als hinſichtlich des fünften Teiles der Baugelder, aber nur unter der Vorausſetzung, daß von einem Baugläubiger innerhalb beſtimmter Friſt gegen die Auszahlung Widerſpruch erhoben wurde, eine anteilmäßige Verteilung an die Gläubiger herbeigeführt werden kann. —

Schließlich iſt noch zu erwähnen, daß § 648 ſich darauf beſchränkt, die einzelnen Gläubiger gegenüber dem Schuldner, dem Grundſtückseigentümer, zu ſchützen. Er berückſichtigt jedoch nicht die Möglichkeit einer Gefährdung der einzelnen Forderung, die aus der Mitte der Gläubiger ſelbſt kommt.

Nicht allzuſelten werden zwiſchen dem Bauunternehmer und einem der Werkmeiſter oder Lieferanten Preiſe vereinbart, die über den reellen Wert ihrer Leiſtungen weit hinausgehen und Riſikoprämien in nicht zu rechtfertigender Höhe darſtellen; ſei dies, daß der Bauende freiwillig auf ſolche Vereinbarungen eingeht — für darlehensweiſe Bereitſtellung der erforderlichen Geldmittel verpflichtet er ſich zur Abnahme von Materialien zu erhöhten Preiſen —, ſei es, daß die wirtſchaftlich gut ſtehenden Großunternehmer und Großlieferanten ſolche Preiſe gegen ſeinen Willen durchzudrücken wiſſen.

Gegen ſolche Mißbräuche bietet das B.G.B. kein Mittel. Das Geſetz tritt in § 21 derartigen betrügeriſchen Abmachungen, welche die Dividende der übrigen Forderungen bei Zwangs-Verſteigerung zugunſten weniger ſchmälern, entgegen.

Dort iſt den Bauſchöffenämtern die Befugnis übertragen, auf Verlangen eines Beteiligten angemeldete Forderungen nicht zu ihrem vollen Betrag, ſondern nur zu einem Teil, nämlich demjenigen, welcher nicht von vornherein als übermäßig erſcheint, zu berückſichtigen bezw. nachträglich, falls die Eintragung ſchon erfolgt war, wieder herabzuſetzen (ſiehe § 21 Abſ. II). Selbſtverſtändlich wird die Forderung an ſich dadurch nicht berührt. § 648 wie alle Vorſchriften des Geſetzes befaſſen ſich ja nur mit der Frage der dinglichen Sicherſtellung.

§ 11.

Stellung des Baugeldgebers.

Die vorausgehenden Erörterungen haben alle zu dem gemeinſamen Reſultat geführt, daß das Geſetz vom 1. Juni 1909 die rechtlichen und wirtſchaftlichen Verhältniſſe der Baugeſchäftsleute gegenüber der Regelung auf Grund des B.G.B. in eingreifender Weiſe Änderungen unterworfen hat und zwar durchweg zu ihren Gunſten. Die Verpflichtungen, welche ihnen anderſeits das Geſetz auferlegt hat, fallen nicht ernſtlich ins Gewicht.

Nach der Natur der Sache konnte dies aber nicht geſchehen, ohne daß nicht zugleich die Verhältniſſe der andern am Baugeſchäft beteiligten Faktoren: Grundbeſitz und Kapital, beeinflußt worden wären. Und da zudem die Intereſſen dieſer beiden Gruppen entgegengeſetzte ſind, ſo iſt an ſich mit der Folge als einer notwendigen zu rechnen, daß die Verbeſſerung der Stellung des einen Teils eine Verſchlechterung der geſchäftlichen Poſition des andern nach ſich zieht.

Daß dieſe Begleiterſcheinungen eines geſetzgeberiſchen Vorgehens zu Gunſten der Handwerker befürchtet wurde, dafür ſprach ſchon der heftige Kampf der Meinungen über die Ausgeſtaltung der einſchlägigen Geſetzvorlagen ſowohl bei der Schaffung des Bürgerlichen Geſetzbuches als auch bei den faſt zwei Jahrzehnte währenden Vorarbeiten für das Bauforderungsſicherungsgeſetz.

Der Geſetzgeber iſt nach Kräften bemüht geweſen, einen Ausgleich der widerſtrebenden Intereſſen zu finden. Das zeigt ein Vergleich der Vorſchriften, wie ſie ſchließlich Geſetz wurden mit dem Entwurfe des Jahres 1897 gegenüber dem § 648 des B.G.B. Unter der Herrſchaft der letzteren Vorſchrift iſt dem Kapital in der denkbar weitgehendſten Weiſe volle Bewegungsfreiheit gelaſſen. Das Riſiko iſt, ſoweit überhaupt möglich, vermindert angeſichts der an erſter Stelle ſtehenden dinglichen Sicherung. Wie die Erfahrung lehrte, fanden auch ungewöhnliche Verluſte des Kapitals kaum ſtatt. Und wo ſie vorkamen, trug jedenfalls nicht die Konſtruktion des Geſetzes daran ſchuld, ſondern Umſtände, die entweder in der Perſon des Geldmannes oder in beſonderen Verhältniſſen des Geſchäftes lagen. § 648 im Zuſammenhang mit dem Grundſatze des bürgerlichen Rechtes: ſolo ſuperficies cedit ſtellte ſogar eine in keiner Weiſe begründete Begünſtigung der Geldgeber inſoferne dar, als zu ſeiner Sicherung nicht blos der Gegenſtand der Beleihung, das Baugrundſtück, ſondern auch die von andern geſchaffenen Neuwerte dienten. Das Prinzip hingegen, welches der Entwurf 1897 in ſeinem § 15 aufſtellte: Vorrang der Bauhypothek vor allen, auch vor dem Bauvermerk befindlichen Rechten ohne weiteres bis zu einem durch den eingetragenen Bauſtellenwert beſtimmten Betrag, war, wie ſogleich erſichtlich iſt, geeignet, dem Geldmarkte jede Sicherung für hingegebenes Kapital zu nehmen und damit den Realkredit auf das ſchwerſte zu erſchüttern.

Es wäre darnach überhaupt lange Zeit, bis zur Abgabe des Meiſtgebotes, ungewiß geweſen, in wieweit die Hypothek realiſierbar iſt und einen wirtſchaftlichen Wert darſtellt.

Daß vorſichtige Geldleute ſich unter dieſen Umſtänden den mit der Gewährung von Baugeld verbundenen Gefahren nicht ausſetzen würden — Hypothekenbanken konnten überhaupt nicht mehr in Betracht kommen, da ſie auf erſtſtellige Hypotheken ihre Geſchäfte zu beſchränken haben, in jenem Falle ſich aber der Rang nicht mit Sicherheit beſtimmnn läßt — daß Geld im beſten Falle nur gegen hohe Proviſion und Zins zu erlangen ſein würde, war vorauszuſetzen.

Solchem Bedenken iſt auch im Geſetze Rechnung getragen.

Soweit das hingegebene Kapital vor dem Bauvermerk im Grundbuche eingetragen iſt, ſetzt ſich der Geber, da der Rang auf jeden Fall erhalten bleibt, keinem Riſiko aus, wenn es nicht darin liegt, daß infolge der Überlaſtung der Bauſtelle einerſeits und der Unmöglichkeit für den Eigentümer, die hiernach erforderliche Differenzkaution aufzutreiben, die Baugenehmigung verſagt wird und Bebauung unterbleibt. Hierin liegt keine Unbilligkeit, da mit dieſer Eventualität zu rechnen iſt.

Nun wird das Baugelddarlehen in vielen Fällen erſt nach dem Bauvermerk zu ſtehen kommen, denn nicht jeder Eigentümer, jedenfalls nicht derjenige, welcher auf Kredit angewieſen iſt, wird in der Lage ſein, die Differenzkaution zu erlegen, die zur Erlangung der Bauerlaubnis nötig iſt. Außerdem wird auch oft nach Baubeginn die Aufnahme von Baugeld ſich als notwendig erweiſen.

Auch hiefür hat das Geſetz in ſeinem § 34 Sorge getragen, indem es das Baugeld gemäß ſeiner zweckentſprechenden Verwendung den Vorrang vor der Bauhypothek gewinnen läßt.

Nach alledem läßt ſich in der Frage, wie ſich die Lage des Geldgebers nach dem Geſetz gegenüber § 648 des G. B. G. geſtaltet, behaupten: Grundſätzlich iſt der Baugeldgeber durch die neue Regelung nicht ſchlechtergeſtellt worden. Daß ſeiner Hypothek nicht mehr die durch den Bau geſchaffenen Mehrwerte ohne weiteres als Deckung dienen, iſt eine Einbuße, aber keineswegs unbillig. Nach wie vor

genießt das Kapital im Baugeſchäft die Sicherung, die notwendig iſt, um es ſeinen Zwecken dienſtbar zu machen.

Im einzelnen allerdings, und darauf iſt noch einzugehen, hat das Geſetz für den Baugeldgeber einige nachteilige Neuerungen gebracht. So vor allem mit der Beſtimmung des § 34[II]: die Zinſen der Baugeldgeber ſind nur bis zur Höhe von 5 % durch die Baugeldhypothek einwandfrei gedeckt, denn ſoweit dieſelbe hinter der Bauhypothek zu ſtehen kommt, kann von einer zulänglichen Sicherheit nicht mehr geſprochen werden. Auch für das ſolide Geldgeſchäft erſcheinen unter Umſtänden Zinſen in der Höhe von 5 von Hundert als unzureichend; § 648 des B. G. B. hat auch Zinſen in jeder vertragsmäßig vereinbarten Höhe an erſter Stelle ſichergeſtellt.

Ferner iſt zu beachten, daß der Begriff des Baugeldes ein anderer nach dem B. G. B. als nach dem Spezialgeſetz iſt. Dort fällt darunter die Summe, zu deren Zahlung der Geldgeber kraft Vertrag verpflichtet iſt; hier werden nach der Legaldefinition in § 1[III] nur diejenigen Beträge als ſolche anerkannt, die zum Zwecke der Beſtreitung der Koſten des Baues — tatſächlich — gewährt werden.

Während daher bisher Abſchlußproviſionen, Vermittlergebühren und dergleichen, welche in nicht unbedeutender Höhe in die Taſchen der Darleiher floſſen, auf die Darlehensvalute angerechnet und abgezogen werden konnten, ohne die Höhe der Hypothek dadurch zu verringern, fallen künftig Proviſionen und ſonſtiges Entgelt für Vermittlertätigkeit nicht unter die Baugeldhypothek; daher können ſie nicht mehr anrechnungsweiſe abgezogen werden unter Erhaltung des Anſpruchs auf Hypothekbeſtellung in Höhe des nominellen Darlehens.

Der Baugeldgeber wird ſich genötigt ſehen, wenn der II. Abſchnitt zur Einführung gelangt, für ſeine Proviſionsanſprüche wie für den über fünf von Hundert hinausgehenden Zinsanſpruch ſich ein beſonderes, daher der Bauhypothek nachſtehendes Recht eintragen zu laſſen.

Im Zuſammenhang damit ſteht eine neue Verpflichtung, die dem Baugeldgeber auferlegt iſt, wenn er ſich für ſeine Forderung den Rang erhalten will. Er hat nämlich die Verwendung der Baugelder zu kontrollieren im Sinne des § 34; das Geſetz bietet jedoch die Möglichkeit, dieſe Funktion durch eine beſondere neu geſchaffene Behörde, den Treuhänder, ausüben zu laſſen. Hierüber ſiehe § 35.

Im übrigen gilt auch nach Inkrafttreten des Geſetzes vom 1. Juni 1909 der Grundſatz, daß zwiſchen Baugeldgeber und Baugläubiger keinerlei rechtliche Beziehungen beſtehen. Der Baugläubiger hat ebenſowenig wie nach § 648 ein Recht an der Baugeldforderung: dies ſteht ausſchließlich dem Bauherrn zu.

§ 12.

Stellung des Bauherrn.

Der erſte Abſchnitt des Bauforderungsſicherungsgeſetzes ſtatuiert für den Bauenden, ſoweit er Baugeld empfängt, die Pflicht, es beſtimmungsgemäß zu verwenden. Geſetzlich war vordem eine ſolche Verpflichtung nicht feſtgelegt. Gleichwohl beſtand ſie regelmäßig auch bisher ſchon für den Bauherrn auf Grund Vereinbarung. Sie war faſt ausnahmslos im Bauvertrag enthalten.

Infolgedeſſen war bisher der Bauunternehmer in dieſem Sinne nur gegenüber dem Kontrahenten des Vertrages verpflichtet. Jetzt iſt dieſe Verbindlichkeit gegenüber dem Baugläubiger — wie ſich ſchon aus § 5 des Geſetzes ergibt, — gegeben, auf Grund Geſetz. Der Vertrag wird wohl nach wie vor zu Gunſten des Geldgebers die erforderliche Ergänzung enthalten.

Die Zweckbeſtimmung, von der hier die Rede iſt, laſtet auf dem hingegebenen Geld, gleichviel, ob es in die Hände des Bauunternehmers, für welchen es in der erſten Linie beſtimmt iſt, gelangt, oder auf Grund Zeſſion oder Pfändung an einen Dritten fällt. cf. Wortlaut des § 1 des Geſetzes; da § 1 l. c. zweifellos ein Schutzgeſetz im Sinne des

§ 823[II] des B.G.B, ist,[1]) so würde sich jeder,[2]) der bewußtermaßen Baugeld empfängt, durch Verstoß gegen § 1 auf Grund Gesetz auch zivilrechtlich haftbar machen, gegenüber jedem Baugläubiger, eventuell auf Grund Vertrages auch gegenüber dem Geber. Eine Sache für sich ist natürlich, ob einem solchen Ersatzanspruch auch praktische Bedeutung zukommt.

Mit diesen Ausführungen ist eine Frage schon berührt, die bestritten ist, nämlich die, ob der Anspruch auf Baugeld, der dem Bauherrn aus dem Vertrage zusteht, abgetreten und gepfändet werden kann.

Im Rahmen dieser Arbeit ist hierauf nicht näher einzugehen. Denn durch das Gesetz ist gegenüber dem bisherigen positiven Rechte ein neues Moment nicht beigebracht worden. Maßgebend für die Entscheidung dieser Streitfrage ist vielmehr § 851 C.P.O.

Jedenfalls aber dürfte der Gesichtspunkt, daß jedem Inhaber von Baugeld die Verwendungspflicht gesetzlich obliegt, eine Lösung in der Richtung nahelegen, daß tatsächlich, soweit das Gesetz in Frage kommt, eine Abtretung und Pfändung des Baugeldanspruches nur für einen Baugläubiger Interesse hat.[3])

An dieser Stelle mag auch darauf hingewiesen sein, daß der Begriff des Baugeldvertrages auf Grund des B.G.B. und des Bauforderungssicherungsgesetzes ein verschiedener ist; bisher war ein Begriffsmerkmal die Vertragbestimmung, daß das Geld ratenweise je nach dem Fortschreiten des Baues gewährt werde.[4]) Nach § 1 Abs. 3 des Gesetzes ist jetzt für die Eigenschaft eines Vertrages als Baugeldvertrag maßgebend die Zweckbestimmung des Geldes und die

[1]) Schneider, § 1 Anm. 7; Jacobi, Anm. 3, ebenso Harnier, Hagelberg.

[2]) Höchtl, Diss. S. 32.

[3]) Siehe hierüber: Recht 1901, S. 231; 1903 S. 404; zur Wochenschrift 1909, S. 349, 382, 447; Deutsche Juristenzeitung 1905, S. 903; Seuff, Bl. 69, 204; ferner Rheinische Notariatszeitung 1902, S. 108; bayer. Not.-Zeit. 1905, S. 205 und Jacobs § 1 Anm. 6; Schneider, § 1 Anm. 6; Gazelberg, § 1 Anm. 44.

[4]) R.G. 37, 337, 38, 308.

dingliche Sicherung durch eine Hypothek. Die Modalitäten der Geldauszahlung sind nunmehr unerheblich.

Im übrigen läßt sich, vom Standpunkt des Terrainbesitzers, der bauen will, aus betrachtet, sagen, daß das Gesetz im Verhältnis zu der bisherigen Rechtslage einige Erschwerungen und Verzögerungen des Baues im Gefolge hat.[1])

Vor Beginn des Bauens bedeutet die Notwendigkeit einer Feststellung des Baustellenwertes, Abschreibung von Grundbuchblättern, Prüfung der Belastungen und verschiedene andere Formalitäten im Verkehr mit den Behörden sowohl eine Verzögerung, wie Verteuerung des Bauens. Die Verpflichtung zur Führung eines Baubuches nach Maßgabe des § 2 bedeutet wenigstens für den Privatbauherrn eine neue Obliegenheit.

Eine Verzögerung tritt wohl auch ein in der Verwertung des fertigen Gebäudes. Gemäß § 22, 27[II] gelangt die Bauhypothek erst eine gewisse Zeit nach Vollendung des Baues zur Entstehung.

Daher wirkt der Bauvermerk für den Eigentümer wie ein Sperrwerk. Während dieser Zeit ist ungewiß, ob und in welcher Höhe eine Bauhypothek zum Eintrag gelangt oder nicht, daher wird der Bauunternehmer, der ja in der Mehrzahl der Fälle auf einen möglichst raschen Umsatz angewiesen ist, während jener Zeit kaum einen Käufer finden, er würde aber auch nicht in der wünschenswerten Frist die Hypothekenregulierung vornehmen können, sondern wird genötigt sein, höhere Zinsen weiter zu bezahlen. Nicht zu verkennen ist auch, aber kaum zu bedauern, daß sich in manchen Fällen, es wird sich dann immer um schwach fundierte Unternehmer handeln, bei Geltung des zweiten Abschnittes das notwendige Baugeld nur schwer oder überhaupt nicht wird beschaffen lassen.

Unter der Herrschaft des § 648 des B. G. B. hat der Bauherr hingegen in allen diesen Beziehungen eine günstigere Stellung.

[1]) Eine Verbilligung des Bauens (so Höchtl S. 43) dürfte das Gesetz keinenfalls zur Folge haben; s. Glaser in der Deutschen Juristenzeit. 1909, S. 1362.

Die Erörterung der Frage, welches die Folgen der Änderungen, die das Geſetz bringt, auf den weiteren nur mittelbar aber nicht minder fühlbar beteiligten Kreis: das große Heer der Mieter in den Städten, ſein wird, kann als zu problematiſch auf ſich beruhen, denn ob geſetzgeberiſche Maßnahmen überhaupt fähig ſind, dauernd einen weſentlichen Einfluß auf das Baugeſchäft auszuüben, iſt zum mindeſten zweifelhaft. Den Worten Oertmanns dürfte zuzuſtimmen ſein[1]): neben den wirtſchaftlichen Kräften, welche die Hebung oder das Nachlaſſen der Bautätigkeit beſtimmen, kommen die Hemmniſſe und Unbequemlichkeiten eines Geſetzes nicht in Betracht.

Es darf angenommen werden — praktiſche Erfahrungen liegen noch nicht vor — daß auch unter dem Geſetz vom 1. Juli 1909 ebenſo wie nach § 648 des B. G. B. die Bautätigkeit ſich ausſchließlich nach der Konjunktur: Bevölkerungszunahme und Geldflüſſigkeit, richten wird.

§ 13.

Geltung des § 648 neben dem Reichsgeſetze vom 1. Juni 1909.

Die bisherige Abhandlung hatte zur Aufgabe, vom theoretiſchen Standpunkte aus den § 648 des B. G. B. mit dem Reichsgeſetz vom 1. Juni 1906 auf juriſtiſche Konſtruktion und Tragweite hin in Parallele zu ſtellen. Dabei iſt die Frage offen gelaſſen, wie ſich das Verhältnis der beiden Geſetze zueinander in der praktiſchen Anwendung da geſtaltet, wo der II. Abſchnitt des Bauforderungsſicherungsgeſetzes in Kraft getreten iſt.

Gilt neben dieſem Spezialgeſetze, das eine umfaſſende Regelung der Materie darſtellt, überhaupt noch § 648 weiter, und wenn ja, in welchem Umfang?

Der Entwurf des Jahres 1897 ſieht in dieſer Beziehung in ſeinem § 22 eine Beſtimmung vor, die lautet: Solange der Bauvermerk eingetragen iſt, ſteht den Baugläubigern

[1]) Archiv, Bd. 60, S. 282.

das im § 648 des B. G. B. beſtimmte Recht nur für ſolche Forderungen aus dem Werkvertrag zu, welche nicht Bauforderungen im Sinne dieſes Geſetzes ſind.

Das Geſetz dagegen enthält keine ausdrückliche Vorſchrift, ob die im § 648 des B. G. B. und im Reichsgeſetze gegebene Rechtsbehelfe nebeneinander beſtehen.

Es frägt ſich alſo, nachdem jene Beſtimmung nicht formell aufgehoben iſt, inwieweit ſie ſtillſchweigend durch die neuere Geſetzgebung ihre praktiſche Bedeutung verloren hat.

Folgendes iſt zu erwägen:

Da das Geſetz in ſubjektiver Beziehung, nämlich was den Kreis der geſchützten Perſonen anlangt, viel weiter geht wie § 648, anderſeits aber in objektiver Hinſicht enger begrenzt iſt, ſo iſt ohne weiteres klar, daß in einer Reihe von Fällen eine Konkurrenz der beiden Rechtsnormen überhaupt nicht eintreten kann. Überall, wo es ſich um die Sicherung der Forderungen von Arbeitern und kaufmänniſchen Lieferanten überhaupt und der Anſprüche von Handwerkern, ſoweit ſie Nachmänner ſind, handelt, ſcheidet § 648 ſchon an ſich aus. Umgekehrt kann nur er allein zur Anwendung kommen, wenn die Forderung aus Reparaturen, Umbauten oder Tiefbauten erwächſt. Dieſes Ergebnis läßt ſich aus den früheren Erörterungen ohne weiteres ziehen. Und da nun außerdem noch das Geſetz ſelbſt poſitive Ausnahmen (§ 10) und die Umgangnahme von ſeinen Maßregeln bei Leiſtung einer ſog. Erſatzkaution (§ 12 Abſ. 1 und 2)[1]) vorſieht, verringert

[1]) A. A. Höchtl, S. 60 ff.; für die Zulässigkeit der Werkmeister-Hypothek neben der Ersatzkaution die daselbst angeführte Literatur: Harnier, § 12 Anm. 1; Freytag-Haubensack, § 12 Anm. 99; Jacobi, § 9. S. 38; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 648 B.G.B. Anm. 5; Hagelberg, § 9 Anm. 14; Janker, S. 90.

Die Ausführungen von Höchtl können nicht überzeugen. Er geht von der Feststellung aus, daß die Sicherheitsleistung nach § 12[1] ein vollwertiger Ersatz für die Bauhypothek sei. Ob dies zutrifft oder nicht, kann in diesem Zusammenhang auf sich beruhen, da dies immer nur der Fall sein wird hinsichtlich des wirtschaftlichen Effektes. Soll aber die Ersatzkaution notwendigerweise die vollen Wirkungen der Bauhypothek hervorbringen, hier: die Eintragung einer weiteren Sicherungshypothek unmöglich machen, so müßte es sich um zwei ihrer rechtlichen Natur nach identische Begriffe handeln. Die Tatsache allein, daß der Schutz nach § 648 B. G. B. nicht mehr erforderlich sein sollte, kann jedenfalls seine rechtliche Unzulässigkeit nicht nach sich ziehen. Ist nun

ſich weiterhin die Möglichkeit einer Kolliſion. Für die Fälle aber, in welchen die Vorausſetzungen beider Geſetze zutreffen, werden angeſichts des Schweigens des Geſetzes zwei entgegengeſetzte Anſichten vertreten.

Die eine geht davon aus, daß das Geſetz eine erſchöpfende Regelung der Werkmeiſterhypothek in den von ihm betroffenen Fällen enthält und zieht hieraus die Folgerung, daß es überall, wo der II. Abſchnitt eingeführt iſt, nur mehr eine Hypothek nach Maßgabe desſelben gibt, ſo daß eine Sicherung nach § 648 des B. G. B, durchweg unzuläſſig iſt, ſogar dann, wenn im konkreten Falle der Anſpruch auf Eintragung der Bauhypotek z. B. wegen Verſäumung der Anmeldefriſt, für den einzelnen Gläubiger nicht gegeben iſt.[1])

Zuzuſtimmen dürfte entſchieden der anderen Anſchauung ſein,[2]) wonach grundſätzlich § 648 auch da wirkſam geblieben iſt, wo die Sicherungsmaßregeln des Geſetzes gegeben ſind, ſo daß auch, wenn der Bauvermerk im Grundbuch eingetragen iſt, eine Sicherungshypothek beſtellt werden kann.

Denn weder im Geſetz ſelbſt, noch in der Begründung findet ſich ein Anhaltspunkt für den Ausſchluß des § 648 des B.G.B.

Der Umſtand, daß § 22 des Ent. 97, der ausdrücklich die Hypothek des B. G. B. dann, wenn der Bauvermerk eingetragen war, für Bauforderungen ausſchloß, fallen gelaſſen wurde, ſpricht vielmehr dagegen. Der Bauvermerk für ſich

anderseits kein Grund ersichtlich, warum sich Ersatzkaution und Werkmeister-Hypothek begrifflich ausschließen sollten, so dürften, da das Gesetz ausdrücklich nichts anderes bestimmt, beide Rechtsbehelfe nebeneinander anwendbar sein. Im einzelnen wäre noch zu betonen, daß die alterative Bauhypothek oder Ersatzkaution keineswegs im Belieben des Schuldners liegt (H. S. 64), da wir es bei der Ersatzkaution mit einem Privileg für den kapitalkräftigen Bauherrn zu tun haben. Ferner: Eine Benachteiligung des Bauherrn durch Zulassung beider Rechtsbehelfe kann nicht zugegeben werden: Soweit die Bauforderungen durch die Kaution befriedigt sind, steht die Sicherungshypothek ihm als Eigentümergrundschuld zu. Soweit dies nicht der Fall, haftet billigerweise das Grundstück der Sicherungshypothek (ebenso H. Seite 77). Endlich wird die Hypothek nach § 648 B. G. B., da sie nicht den Rang der Bauhypothek hat, dem Bauherrn auch nicht in der Beschaffung von Hypothekenkapitalien hinderlich sein. — Gegen die Ausführungen Höchtls Seite 71 f. hinsichtlich § 12 Abs. 2 ist das gleiche zu sagen.

[1]) Jacobi, § 18 Anm. 5, § 9 Anm. 3; Hagelberg j. W. 1906, S. 731.

[2]) Schneider, S. 61; Hagelberg Rau I, § 9, Anm. 14; Janker, Diss.; Höchtl, Diss. S. 48; B.G.B. kommentiert v. Reichsgerichtsräten, § 648.

allein bedeutet ja auch noch keine Haftung des Grundstückes und kein Grund ist ersichtlich, warum nicht für ein und dieselbe Forderung mehrfache Sicherheit gewährt werden könnte, so daß dem Gläubiger die Wahl unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in jedem einzelnen Falle bleibt. Die beiden Ansprüche stehen auch begrifflich nicht in Widerspruch zueinander.

Die Einschränkung ist jedoch zu machen, daß nicht für eine Forderung, die durch Bauhypothek schon gesichert ist, auch auf Grund des § 648 eine weitere Sicherungshypothek eingetragen werden kann und umgekehrt. Denn das Recht, das § 648 gewährt, ist schon durch die Bauhypothek verwirklicht.

Sonst aber hat der Gläubiger, auch wenn der Bauvermerk eingetragen ist, die Wahl, ob er seine Forderung gemäß § 23 des Gesetzes anmelden oder ob er statt dessen eine Sicherungshypothek mit dem aus den allgemeinen Vorschriften sich ergebenden Rang eintragen lassen will. Allerdings das letztere wird nicht von Vorteil für ihn sein, da er damit für seine Forderung eine Hypothek von schlechterem Rang erhält, wie im ersteren Falle.[1])

Seine Bedeutung behält aber § 648 des B. G. B. immer bei, insoferne er der einzige Schutz der Gläubiger ist bei Versäumnis der Frist oder dann, wenn der Bauvermerk gemäß § 22^{III}, 27^{I} des Gesetzes gelöscht ist, oder für Schadenersatzansprüche aus Vertrag und Zinsansprüche und endlich für den Teil der vereinbarten Vergütung, welche nach § 21 nicht berücksichtigt wird.

Zu betonen ist jedoch, daß das Gesetz betr. die Sicherung der Bauforderungen bis Mai 1911 überhaupt noch nirgends in Kraft getreten ist und in dem größten Teil Deutschlands, den mittleren und kleineren Städten, wie mit ziemlicher Sicherheit angenommen werden darf, wohl auch nie in Kraft treten wird; § 648 wird demzufolge auch für die Zukunft der hauptsächlich in Frage kommende Rechtsbehelf sein, der den Interessen der Bauhandwerker dient. —

[1]) Diese Frage behandelt ausführlich Höchtl, im Ergebnis mit der oben vertretenen Ansicht übereinstimmend. S. 51, 59 ff.